



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO  
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE  
Scuola di Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXIII ciclo

Tesi di Dottorato

**Il costituzionalismo e la tutela dei diritti negli  
ordinamenti islamici**

*Relatore*

*Prof. Jens Woelk*

*Dottoranda*

*Rosamaria Romano*

anno accademico 2010-2011



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO  
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE  
Scuola di Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**candidata: Rosamaria Romano**

# **Il costituzionalismo e la tutela dei diritti negli ordinamenti islamici**

**Relatore Prof. Jens Woelk**

Anno Accademico 2010-2011



## **Curriculum di Scienze pubblicistiche**

**XXIII ciclo**

**Esame finale: 18/04/2012**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof. Paolo Veronesi, Università degli Studi di Ferrara**

**Prof. Antonio D'Aloia, Università degli Studi Parma**

**Prof. Paolo Carrozza, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa**



*Alla mia famiglia*



## INDICE

	Pag.
INTRODUZIONE .....	1
ABSTRACT.....	7
CAPITOLO PRIMO	
IL COSTITUZIONALISMO ISLAMICO	9
1. Le Costituzioni ed il costituzionalismo islamico ed il rapporto con la shari'a: contenuti, limiti e peculiarità di un modello "altro".....	11
2. Il costituzionalismo nell'area islamica: origine e sviluppi di un modello "in-costituzionale".....	16
2.1 <i>L'elemento storico nell'esperienza del costituzionalismo musulmano.</i>	20
2.1.1 <i>Le prime Costituzioni arabo-islamiche e le loro evoluzioni.....</i>	21
2.1.2 <i>Il costituzionalismo nel XX secolo ed il condizionamento dei modelli occidentali .....</i>	24
2.1.2.1 <i>I cicli ed i modelli costituzionali.....</i>	26
2.2. <i>I limiti e le criticità del costituzionalismo islamico. Il perché del fallimento del processo di transizione .....</i>	32
3. La lettura "islamica" del costituzionalismo, le incompatibilità e le convergenze con il modello occidentale.....	35
3.1 <i>La Costituzione di Medina e le prime teorie costituzionali islamiche.....</i>	36
3.1.1 <i>Le teorie classiche sull'origine del costituzionalismo islamico.....</i>	39
3.2 <i>Il costituzionalismo dell'età classica e la sua applicazione attuale.....</i>	41
3.3 <i>La teoria islamica messa alla prova. I limiti e le criticità di un modello incompleto .....</i>	44
3.3.1 <i>La dualità del sistema costituzionale islamico. Potere divino e sovranità popolare.....</i>	50
4. L'islam e i principi del costituzionalismo occidentale: diritti, separazione dei poteri e principio di laicità .....	53
4.1 <i>Il riconoscimento e la tutela dei diritti .....</i>	55
4.2 <i>La separazione dei poteri.....</i>	58
4.3 <i>Il principio di laicità .....</i>	61

CAPITOLO SECONDO

IL DIRITTO MUSULMANO: ORIGINE, SVILUPPI E PECULIARITA' DI UN SISTEMA GIURIDICO "ALTRO"	67
1. La shari'a ed il fiqh. Origine divina ed umana del diritto islamico .....	70
1.1 <i>La shari'a e le dispute dottrinarie sulla sua origine: una questione ancora attuale</i> .....	74
1.2 <i>Nascita ed evoluzione del sistema giuridico islamico: l'approccio storico</i> .....	76
1.2.1 <i>La formazione del sistema giuridico musulmano. Dal periodo pre-islamico alle prime scuole giuridiche</i> .....	77
1.2.2 <i>La stagnazione del sistema giuridico islamico ed il taqlid</i> .....	81
1.3 <i>Le conseguenze della chiusura all'ijtihad: mufti, qadi e califfi nello sviluppo del diritto islamico</i> .....	85
2. Il sistema delle fonti del diritto islamico e la teoria di al-Shafi'i.....	87
2.1 <i>Le scuole giuridiche ed il pluralismo dell'interpretazione dei testi islamici</i> .....	89
2.2 <i>Le fonti o "radici" del diritto. Le usul al-fiqh</i> .....	93
2.2.1 <i>Il Corano</i> .....	93
2.2.2 <i>La sunnah o tradizione sacra ed il ruolo del profeta</i> .....	95
2.2.3 <i>L'igma od opinione concorde della comunità</i> .....	97
2.2.4 <i>Il qiyas o ragionamento analogico</i> .....	99
2.3 <i>Le fonti non ufficiali o furu al-fiqh</i> .....	100
2.3.1 <i>Le consuetudini, gli usi ed i costumi</i> .....	101
2.3.2 <i>I criteri e le presunzioni sussidiarie al ragionamento</i> .....	102
2.3.3 <i>L'amal, il qanun, le convenzioni e le hiyal</i> .....	106
3. L'ijtihad e lo sforzo verso l'interpretazione creatrice.....	108
3.1 <i>Il takhayyur, la nuova forma di ijtihad</i> .....	111
4. Le fatwa e la questione dell'autorità giuridica.....	113
5. Il sistema giuridico classico e la modernità: adeguamento o inamovibilità? .....	116
5.1 <i>Il rapporto tra le leggi dello Stato e le leggi di Dio</i> .....	117
5.2 <i>Il dibattito sull'applicazione della shari'a</i> .....	122

CAPITOLO TERZO

L'ISLAM PLURALE E IL DIBATTITO SUI DIRITTI UMANI	127
--	-----

## INDICE

1. Diritti umani versus diritti fondamentali: una premessa di metodo .....	130
2. Riconoscimento dei diritti e meccanismi di garanzia a livello universale e regionale .....	132
2.1 <i>L'universalismo situato ed il margine di apprezzamento</i> .....	138
2.2 <i>Le Carte islamiche dei diritti</i> .....	142
2.2.1 <i>La Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo e La Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'islam</i> .....	144
2.2.2 <i>La Carta araba dei diritti dell'uomo e la posizione "laica"</i> .....	148
2.2.3 <i>Le dichiarazioni islamiche in Europa: la Islamiche Charta tedesca</i> .....	150
3. Il concetto di "diritto" nell'islam. Dalla tradizione ad oggi .....	151
3.1 <i>Le dottrine islamiche sui diritti umani: diritti dell'uomo o della comunità di Dio?</i> .....	156
3.2 <i>Il richiamo al diritto naturale islamico</i> .....	159
4. Teorie e prassi dei diritti umani nell'islam. L'attuale dibattito sui diritti dell'uomo .....	161
4.1 <i>La tendenza "conservatrice" e la tendenza "pragmatica"</i> .....	162
4.2 <i>La dottrina "liberale" o "universalistica"</i> .....	167
5. I diritti umani nelle Costituzioni islamiche contemporanee. Considerazioni conclusive .....	170

### CAPITOLO QUARTO

IL MODELLO COSTITUZIONALE NEGLI ORDINAMENTI DELL'AREA MEDITERRANEA. MODELLI A CONFRONTO	175
1. La Turchia ed il costituzionalismo laico contemporaneo .....	176
1.1 <i>L'origine del costituzionalismo turco ed i caratteri fondamentali</i> .....	177
1.2. <i>Le revisioni costituzionali ed il processo di democratizzazione</i> .....	186
1.3 <i>La concezione della laicità, il fattore religioso e l'impatto della tradizione nella Turchia moderna</i> .....	192
1.3.1 <i>Il principio di laicità ed il diyanet. Origine e sviluppi</i> .....	196
1.4 <i>La Corte Costituzionale turca. La Anayasa Mahkesi</i> .....	200
1.5 <i>Le principali questioni sottoposte al controllo di costituzionalità e la tutela dei diritti in Turchia</i> .....	204
1.6 <i>Prove future di costituzionalismo: la condizionalità europea e la candidatura della Turchia. Prime considerazioni</i> .....	212
2. L'Egitto. Un caso paradigmatico di costituzionalismo islamico .....	214
2.1 <i>Il costituzionalismo egiziano ed il rapporto con la legge islamica</i> .....	217
2.2 <i>Le revisioni costituzionali. Dal 2005 alla Carta provvisoria del 2011.</i>	221
2.3 <i>Legge nazionale o legge islamica? L'articolo 2 ed il ruolo della</i>	228

## INDICE

<i>sharia</i> .....	231
2.4 <i>L'articolo 2 e la Suprema Corte Costituzionale o Al-Mahkama al-Dustūriyya al-'Ulyā</i> .....	238
2.5 <i>La Suprema Corte ed il costituzionalismo egiziano: separazione dei poteri e tutela dei diritti fondamentali</i> .....	250
3. <i>Riflessioni conclusive</i> .....	250
<b>CAPITOLO QUINTO</b>	
<b>LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLA DONNA NELL'ISLAM</b>	253
1. <i>La donna ed il dilemma islamico. Uguali davanti a Dio e diverse rispetto agli uomini</i> .....	256
2. <i>Il privato come "spazio della donna" e lo statuto personale</i> .....	261
2.1 <i>Il nikah e la shari'a. Caratteri e peculiarità</i> .....	263
2.2 <i>La poligamia ed il ripudio</i> .....	268
2.2.1 <i>Il khul' ed il divorzio giudiziale</i> .....	271
2.3 <i>La Turchia e la secolarizzazione del diritto di famiglia</i> .....	273
2.3.1 <i>La disciplina del matrimonio civile e l'influenza della tradizione</i> ....	276
2.3.2 <i>La riforma del 2001 al Codice Civile</i> .....	279
2.4 <i>L'Egitto ed il confessionalismo dello statuto personale</i> .....	281
2.4.1 <i>Peculiarità del sistema giuridico egiziano in materia di diritto di famiglia</i> .....	283
2.4.2 <i>I recenti interventi legislativi: la legge n. 1 del 2000 e la legge n. 10 del 2004</i> .....	287
2.4.3 <i>Il matrimonio 'urfi: quale limite tra il matrimonio formale e quello non ufficiale</i> .....	291
2.4.4 <i>La condizione delle minoranze non musulmane in materia di statuto personale</i> .....	292
3. <i>La donna musulmana nella giurisprudenza costituzionale e lo spazio pubblico</i> .....	296
3.1 <i>Il diritto all'educazione, la libertà di religione e la questione del velo</i>	298
3.2 <i>Il diritto al lavoro nella giurisprudenza egiziana e turca</i> .....	306
3.3 <i>La tutela dell'integrità fisica e morale: le circoncisioni femminili e la violenza domestica</i> .....	310
4. <i>I diritti della donna nella prospettiva internazionalistica</i> .....	315
4.1 <i>La CEDAW e le riserve islamiche. Riflessioni a margine</i> .....	321
5. <i>Considerazioni conclusive</i> .....	323
 <b>CONCLUSIONI E PROSPETTIVE</b> .....	 325

## INDICE

1.L'oggetto dell'analisi. Il fattore religioso, la laicità e la protezione dei diritti negli ordinamenti islamici.....	325
2. Il riconoscimento del principio di laicità e la costruzione di un ordinamento giuridico democratico. Quale futuro per gli ordinamenti islamici?.....	330
BIBLIOGRAFIA.....	339

## INTRODUZIONE

La scelta di analizzare il costituzionalismo islamico discende dall'interesse di esaminare la natura di una cultura giuridica distante concettualmente da quella con cui siamo abituati a confrontarci come occidentali/europei/italiani, ma vicina dal punto di vista territoriale ed ormai sociale.

Spesso si fa riferimento alla dicotomia "Islam-Occidente" o "diritto islamico-diritto occidentale" al fine di marcare la profonda diversità esistente tra i due sistemi, intesi come in un rapporto di antitesi quasi insuperabile, tanto da non poterne individuare alcun punto di contatto. Il "mondo" islamico è di frequente definito unicamente in base alla sua appartenenza ad una fede religiosa, descrizione però riduttiva che non permette di cogliere le diversità che lo caratterizzano, sia sotto il versante giuridico che politico e sociale.

Il sistema giuridico musulmano classico presenta, invero, caratteri profondamente diversi rispetto al diritto sviluppato nell'area occidentale. La sua peculiarità fondante risiede in un ordine giuridico/sociale/politico/religioso che coincide con la *shari'a*, letteralmente la via indicata da Dio, e che i credenti sono chiamati a seguire. L'ordinamento che ne deriva si costituisce, così, dall'insieme delle ingiunzioni dettate da Dio e dalle istituzioni che sono derivate, tanto da definirne un diritto "rivelato", che diventa il punto di partenza per comprendere le specificità di tale cultura.

Ciò che interessa ai fini di questa ricerca è lo stretto legame che sussiste tra la legge islamica e la materia costituzionale ed, in particolare, con le legislazioni oggi vigenti nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei che alla stessa si ispirano. A differenza dei sistemi occidentali, in cui si è giunti ormai da tempo al riconoscimento della separazione tra Stato e Chiesa quale presupposto per la realizzazione di uno Stato democratico, nel contesto islamico questa separazione non si è mai compiuta ed anche laddove sono stati tentati sforzi in tale direzione, la laicità ha stentato a realizzarsi. Per tale motivo, la legislazione islamica di matrice religiosa continua a dominare intere sfere del diritto, costituendosi quale roccaforte di un sistema di regole che riconosce nella legge di Dio sia la guida spirituale che quella temporale,

## INTRODUZIONE

definendo le norme che regolamentano il rapporto tra l'uomo e Dio e le relazioni tra i singoli.

Nel momento in cui si volge lo sguardo alle circostanze attuali, si viene a contatto con una realtà che nell'ultimo secolo ha rifiutato l'importazione *tout court* di modelli giuridici stranieri, costituendosi in situazioni giuridiche "ibride", a metà strada tra quanto sancito dalla tradizione islamica e quanto previsto dai sistemi europei.

Il costituzionalismo qui accolto si caratterizza, invero, per essere un modello imperfetto, "di facciata", come una vetrina il cui "rivestimento" esterno differisce dalla sostanza, che è così rimasta ancorata alla tradizione di provenienza. Ciò spiega il perché la transizione giuridica verso la modernizzazione del diritto sia stata vissuta più come un'imposizione, tanto da caratterizzare quei forti richiami all'islam "dell'età dell'oro" fomentati dalle voci più tradizionaliste che, rinnegando l'occidentalizzazione dei costumi e dei valori propria del sistema giuridico importato, hanno continuato a richiamare alla teocrazia quale modello di Stato "naturale" per queste aree.

Da qui l'esigenza di approfondire la questione del costituzionalismo islamico, materia che permette di valutare quanto la tradizione giuridica classica sia stata tale da influenzare i sistemi oggi in vigore e quanto, al contempo, la struttura propria dell'Occidente sia stata in grado di diffondersi ed attestarsi quale regola aurea per la garanzia di un sistema democratico e la tutela dei diritti dei singoli, ed in particolare di quei soggetti che la lettura islamica pone in una situazione di subordinazione ed inferiorità, come le donne.

Lo studio si concentra, di fatto, sull'analisi dei principali istituti della tradizione giuridica islamica e dell'applicazione che di questi se ne fa negli odierni ordinamenti "costituzionali" dell'area, per arrivare a comprendere uno dei principali aspetti delle teorie giuridiche contemporanee, quali la protezione dei diritti e delle libertà, tra cui il principio di uguaglianza e la libertà di religione<sup>1</sup>. Questi continuano ad essere definiti *solo* all'interno della comunità di appartenenza, la *ummah* islamica, circostanza che condiziona l'impostazione degli attuali ordinamenti, tra cui la laicità ed il costituzionalismo accolto, che mantiene il richiamo alla *shari'a* ed alle

---

<sup>1</sup> Cfr. K. BOYLE, *Freedom of religion in International law*, in J. REHMAN, S.C. BREAU (ed. by), *Religion, Human rights and international law*, Leiden- Boston, 2007; S. CECCANTI, *Una libertà comparata*, Bologna 2001

## INTRODUZIONE

discriminazioni a cui la stessa rimanda<sup>2</sup>. In questo deve essere considerata la interpretazione onnicomprensiva che l'islam fa della comunità politica/giuridica/sociale, per cui ogni cosa non può che discendere dalla volontà divina, compresa la organizzazione dello Stato.

L'analisi ha l'obiettivo, al contempo, di comprendere le caratteristiche di un ordinamento giuridico con il quale i sistemi occidentali sono sempre più chiamati a confrontarsi, per questioni che attengono i rapporti tra gli Stati in un contesto di globalizzazione giuridica, ma anche, e soprattutto, per risolvere i problemi nascenti all'interno degli ordinamenti contemporanei, i quali, misurandosi con la questione dell'immigrazione, devono individuare quelle risposte necessarie per garantire la convivenza con comunità di soggetti che rispondono a sistemi giuridici fondati su principi diversi rispetto a quelli su cui i sistemi occidentali si sono costruiti.

Il lavoro si struttura in due parti. La prima, dal contenuto generale, analizza la materia del costituzionalismo islamico, approfondito nel primo capitolo, sia nella sua evoluzione, a partire dall'incorporazione dei modelli europei, che nelle ragioni del suo fallimento, ponendo un particolare accento su quelle tesi "autoctone" che sostengono l'esistenza di un costituzionalismo specificatamente "islamico". A questo segue il secondo capitolo, dedicato all'esame del diritto islamico in *strictu sensu*, ed al sistema delle fonti che formano la *shari'a*, la legge islamica, definita come l'insieme delle disposizioni giuridiche che Dio ha dettato al fine di guidare il fedele sulla retta via, sia nel rapporto con Dio che con gli altri appartenenti alla comunità islamica e con i non musulmani. Weiss identifica la *shari'a* come "la totalità della categorizzazione divina degli atti umani"<sup>3</sup>, che costituisce la base della struttura del diritto musulmano, e dalla quale si distingue l'insieme delle interpretazioni o *ijtihad* sviluppate dalle scuole giuridiche e rappresentanti il *fiqh*, la giurisprudenza islamica. Questo approfondimento è fondamentale per comprendere il sistema giuridico sviluppatosi nell'area, caratterizzato sin dalla sua origine dalla presenza di norme con origine divina e di regole derivanti dallo sforzo interpretativo umano, dualità che

---

<sup>2</sup> Ci si riferisce qui alle grandi discriminazioni che la teoria giuridica islamica ancora oggi riconosce, quale quella tra uomini e donne e quella tra musulmani e non musulmani, le quali vigono in quegli ordinamenti che si ispirano alla *shari'a*, seppur in ambiti ristretti della legislazione nazionale, come lo statuto personale.

<sup>3</sup> Cfr. G.B. WEISS, *The spirit of Islamic Law*, Athens, 1998, pagg. 18-19

## INTRODUZIONE

si è imposta, come vedremo, in tutte le sfere del diritto, anche contemporaneo, e che quindi è necessaria per meglio approfondire la materia del sistema costituzionale.

La prima parte si conclude con l'analisi del rapporto tra islam e diritti umani, di cui al terzo capitolo, con cui si tenta di chiarire il rapporto tra il sistema tradizionale ed i diritti per come oggi concepiti dalle attuali teorie, seppur con riferimento ai documenti adottati nell'ambito della Comunità Internazionale, dove si sostiene sia più facilmente rinvenibile la distanza tra questo ordinamento rispetto a quello adottato nell'area occidentale. In questo contesto, si valuta il rapporto tra l'universalismo e la tendenza al regionalismo/etnocentrismo dei diritti, sia nell'ambito della prospettiva occidentale che in quella musulmana, tanto da considerare l'area islamica come il "banco di prova" per il riconoscimento di una teoria dei diritti condivisibile a livello universale, e quale primo passo per un incontro tra sistemi giuridici differenti.

Questa parte è centrale per comprendere la seconda, più specialistica, in cui gli elementi del costituzionalismo, delle fonti del diritto così come della disciplina dei diritti, trovano diretta applicazione, facendo riferimento a due ordinamenti specifici ed alla materia della condizione giuridica della donna.

Il quarto capitolo, approfondisce, così, il costituzionalismo per come sviluppato nei due casi-studio selezionati per questo lavoro, la Turchia e l'Egitto, scelti in quanto emblemi di due modalità differenti attraverso cui cogliere il diverso "sentire" circa la strutturazione del rapporto Stato-religione, tradottosi nell'accoglimento del principio di laicità nel caso turco e nel suo rigetto in quello egiziano, rappresentante oggi il principale ordinamento confessionale dell'area. La comparazione, in questo caso, permette di evidenziare come due ordinamenti discendenti dalla medesima tradizione giuridica siano riusciti a dare risposte differenti alla questione costituzionale, seppur in entrambi la materia religiosa non sia stata completamente estromessa.

L'ultimo capitolo è dedicato, infine, alla materia che qui si assume riproduca la principale differenza tra questo costituzionalismo e quello occidentale, quale la questione dei diritti, analizzata con riferimento alla condizione giuridica della donna, tradizionalmente "anello debole" della struttura sociale islamica, alla quale la *shari'a* riconosce diritti e doveri quasi esclusivamente nell'ambito della sfera privata, e soprattutto matrimoniale, ragion per cui il tema è trattato con particolare riguardo

## INTRODUZIONE

allo statuto personale, “bastione” del diritto musulmano, la cui materia è rilevante per valutare l’impatto che la tradizione islamica continua ad avere in sistemi giuridici che si dichiarano costituzionali. L’argomento è affrontato attraverso la comparazione tra le legislazioni adottate da molti Stati islamici, ad evidenza di come gli stessi si siano dotati di sistemi giuridici molto vicini agli standard occidentali, seppur continuando a riferire alla *shari’a* quale fonte legittimante per eccellenza. Ciò si ricollega a quella duplicità legalistica accennata e che caratterizza un costituzionalismo “a metà” che, accanto alla tutela dei diritti, ammette anche tutta la serie di discriminazioni proprie di questo sistema. Anche questa parte è sviluppata con specifico riferimento ai due sistemi oggetto di questo studio, al fine di cogliere come le due differenti risposte al costituzionalismo, laica e confessionale, abbiano condizionato il sistema dei diritti.

L’analisi mira, dunque, ad approfondire la relazione esistente tra la condizione giuridica della donna ed un’area tradizionalmente considerata al di fuori del modello di democrazia compiuta, al fine di valutare fino a che punto il richiamo ad un diritto religioso sia ostativo al riconoscimento di una tutela sostanziale dei diritti e delle libertà dei singoli, e quindi di un costituzionalismo maturo. Ciò permette di avere maggiore considerazione di come in questo specifico spazio si possa prendere atto delle rilevanti divergenze rispetto al modello occidentale, soprattutto con riferimento al principio di eguaglianza, sostanzialmente svuotato dalla vigenza di un sistema discriminatorio ancora ammesso dalla legge islamica.

Il tema del costituzionalismo islamico, e all’interno di questo del rapporto tra diritto “sacro” islamico ed i diritti, rappresenta una materia affascinante sotto il profilo delle soluzioni giuridiche prospettate e prospettanti. Tale affermazione è particolarmente vera se si considera che nel contesto attuale, gli ordinamenti giuridici extra europei, e tra questi quelli islamici, rappresentano una pietra di paragone per il sistema della comparazione giuridica, ossia di quella finestra sull’altro che ha il fine di individuare una norma comune, il *quid juris*, che avvicina ordinamenti diversi, in modo che gli stessi, seppur nelle loro peculiarità, riconoscendosi in quella stessa norma possano procedere alla sua applicazione.

La comparazione conduce ad una maggiore comprensione dell’altro, dei principi giuridici, ma anche delle regole sociali e politiche che caratterizzano una comunità

## INTRODUZIONE

nel suo complesso, e che presuppone sempre un atto di umiltà, capace di far venire meno tutti i preconcetti legati alla formazione propria dell'ordinamento di appartenenza.

Nel fare ciò è fondamentale assumere una metodologia che sia capace di accostarsi il più possibile alle peculiarità del contesto di riferimento, in modo da tradurre in un linguaggio comprensibile le esperienze giuridiche "altre", ed identificare le differenze che le caratterizzano. In questo "incontro-scontro", il diritto è assunto quale chiave di volta per un dialogo tra ordinamenti e per una comprensione reciproca, intesa questa quale via per un'evoluzione "democratica" e per il superamento, nel caso di specie, della dicotomia "Islam-Occidente" di cui si è già detto. Ciò nonostante, in questo tentativo non devono essere dimenticati tutti i limiti di un metodo "continentale" al tema, ed *in primis* quello linguistico, seppur non manchino oggi contributi in lingue occidentali, soprattutto inglese e francesi, di studiosi di provenienza dall'area islamica che possono accorrere in aiuto.

Da qui il metodo seguito in questo lavoro, che traduce un approccio che è prima di tutto storico, e che è finalizzato ad approfondire l'origine dell'ordinamento costituzionale, ma che non manca di riferire a questioni di carattere religioso, sociologico e politico oltre che giuridico, attraverso cui sono ripercorse le principali tappe dell'evoluzione di questo sistema, per arrivare ad analizzare il fenomeno giuridico in *strictu sensu*, sia sotto il versante normativo che giurisprudenziale, e realizzare quell'apertura che i moderni manuali di diritto costituzionale considerano nel passaggio dal "*law in the book*" al "*law in action*".

## ABSTRACT

La tesi analizza in modo critico le peculiarità che caratterizzano il fenomeno costituzionale dell'area arabo-islamica, al fine di comprendere la distanza tra questo specifico sistema giuridico e quello del continente europeo, emblemi di due "mondi" sempre più vicini dal punto dal punto di vista sociale, ma ancora troppo distanti sul piano dei contenuti che le rispettive culture, legali e politiche, impongono sui regimi giuridici adottati. Obiettivo di questo studio è valutare fino a che punto la "dualità" legale su cui gli ordinamenti a maggioranza musulmana si sono costruiti, ravvisabile nella doppia fonte di legittimazione del diritto sacra e secolare, è tale da vincolare la compiutezza della transizione costituzionale qui avviata. La questione è trattata con particolare riguardo alla materia dell'esercizio del potere così come del riconoscimento e della tutela dei diritti, con riferimento ai due casi studio selezionati per il lavoro, Egitto e Turchia, ed alla condizione giuridica delle donne, ambito in cui la tradizione islamica riconosce ancora le principali forme di discriminazione, tanto da "svuotare" di significato il principio di uguaglianza che le Carte dell'area hanno formalmente riconosciuto.

La conoscenza di un ordinamento e dell'insieme delle specificità che lo caratterizzano è la via maestra per avviare un dialogo futuro tra culture, tale da individuare la via per la convergenza dei modelli, che, nel caso di specie, si sostiene passi attraverso un approccio "relativamente laico" al costituzionalismo, capace di garantire la tutela del pluralismo, dei diritti e dell'eguaglianza dei singoli, senza rinunciare al riferimento "morale" a cui questi ordinamenti fanno richiamo.



# CAPITOLO I

## IL COSTITUZIONALISMO ISLAMICO

Questo primo capitolo è dedicato all'approfondimento della nozione di costituzionalismo ed alla particolare declinazione che lo stesso ha assunto nell'ambito degli ordinamenti a maggioranza islamica<sup>1</sup>.

Premessa di questa analisi è la necessità di distinguere tra il diritto classico di origine religiosa che ha caratterizzato l'esperienza islamica ed il moderno diritto costituzionale di matrice occidentale degli Stati-nazione. La materia ha per oggetto, infatti, l'insieme dei sistemi giuridici che ancora oggi si ispirano alla legge religiosa dell'islam, la quale come norma rivelata ha condizionato, e di conseguenza limitato, il tentativo di transizione costituzionale avviato.

La stragrande maggioranza degli ordinamenti costituzionali dell'area si caratterizza per la peculiare compresenza di norme che si ispirano al modello costituzionale occidentale importato, e di norme che richiamano alla legge "divina", spesso assunta quale fondamento dell'organizzazione giuridica, denotando un modello *sui generis* in cui il costituzionalismo, secondo l'accezione occidentale, non è riuscito a trovare terreno fertile. La transizione, così, si è tradotta nel mero passaggio da un sistema prevalentemente basato sul sistema giuridico tradizionale ad un ordinamento fondato su principi dalla provenienza occidentale, i quali hanno preso formalmente il posto storicamente occupato dalla *shari'a*, ma senza tradurre effettivamente quel modello di tutela democratica cui la transizione mirava<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Per approfondimenti sul sistema costituzionale arabo-islamico, cfr. A. AOUIJ-MRAD, *Le système juridique des pays arabes: aspects politiques et constitutionnelles*, Bologna, 2002; N.J.BROWN, *Constitutions in a Nonconstitutional World. Arab basic laws and the prospects for accountable government*, New York, 2002; S. CECCANTI, *Diritti e garanzie nei Paesi Arabi*, Perugia, 2002; B.L. GARCIA, C. F. SUZOR, *Introducción a los regímenes y constituciones arabes*, Madrid, 1985; J. M. OLIVIERO, *Il costituzionalismo arabo. Le costituzioni del Maghreb*, Milano, 2003; A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, Roma-Bari, 2006; J. SKOVGAARD-PETERSEN, *Shari'a and the constitutional debate in Egypt*, in J.S. NIELSEN, L. CRISOFFERSEN, *Shari'a as Discourse. Legal tradition and the encounter with Europe*, Farnham, 2010

<sup>2</sup> Nella transizione verso un ordine costituzionale, gli Stati dell'area non sono stati in grado di avviare una fase di auto-critica finalizzata ad inglobare le peculiarità storiche di tali sistemi con i principi del costituzionalismo. Il costituzionalismo occidentale è stato importato e "giustapposto" al sistema giuridico preesistente basato sulle sacre scritture islamiche, determinando, quale risultato, una situazione "spuria" di convivenza tra la dichiarazione della sovranità di Dio con quella del popolo. Cfr. S.A. ARJOMAND., *Religious Human rights and the principle of Legal Pluralism in the Middle East*, in J.D.VANDER VYVER, J. WITTE JR., *Religious Human rights in global perspective*, The Hague-Boston- London, 1996, pagg. 331-347

## IL COSTITUZIONALISMO ISLAMICO

Il modello costituzionale qui accolto si è caratterizzato per la sua natura ibrida, da un lato “laica”, in quanto fonte del funzionamento delle istituzioni secolari, e dall’altro “confessionale” stante il richiamo alla legge di Dio quale fonte per la legittimazione dell’ordinamento tutto, tanto da influire sullo sviluppo dei sistemi dell’area.

Ciò nonostante, accanto al costituzionalismo di matrice occidentale “adottato” negli ultimi decenni, i giuristi islamici contemporanei più conservatori richiamano alla teoria costituzionale sviluppata dai primi governi islamici, a prova dell’esistenza di una declinazione autoctona di costituzionalismo che motiva la mancata accettazione del modello occidentale.

Secondo questa specifica impostazione, fin dai tempi più antichi la funzione originaria dei governi “islamici” è stata quella di mantenere l’ordine e le regole, legiferando conformemente a quanto stabilito dalla legge sacra e dalle interpretazioni date dai dottori della legge (*fugaha*), i primi giuristi riuniti nelle scuole giuridiche dell’epoca (*madhhab*). Ciò senza negare come già a partire dai primi imperi musulmani fosse stata definita una teoria “costituzionale”, costruita su una distinzione tra il potere legislativo temporale o *qanun*, e la legislazione sacra, seppur sempre nel quadro della legittimità stabilita dalla rivelazione divina, caratterizzando da quel momento un modello di gestione della cosa pubblica trasmessosi nei secoli.

Tali prime constatazioni spiegano perché dal punto di vista metodologico la questione è sviluppata analizzando nella prima parte le peculiarità del modello costituzionale islamico nella sua evoluzione degli ultimi secoli, da quando lo stesso ha incorporato i “dogmi” del “moderno” costituzionalismo, seppur fallendo nel tentativo di assimilare i principi dallo stesso introdotti. Questa realtà connota un approccio che è qui sviluppato quindi *in primis* secondo un metodo “storico”, finalizzato a comprendere le peculiarità, i caratteri principali, l’eredità storica e quindi la modalità in cui l’importazione del modello straniero ha influito nella diffusione del costituzionalismo stesso.

Ciò è di apertura per l’analisi del costituzionalismo secondo la lettura islamica, avente origine nella istituzione della prima comunità politica e giuridica fondata dal profeta.

L’approfondimento sul caso islamico è centrale perché rende la “misura” attraverso cui valutare il grado di accettazione della teoria costituzionale occidentale,

rappresentando lo spazio musulmano il banco di prova per l'esportazione dei principi in formazioni giuridiche lontane dallo spazio in cui il costituzionalismo si è originato.

La globalizzazione economica e con essa la globalizzazione giuridica ha in essa il germe della diffusione di uguali pratiche a livello mondiale, che nel caso di specie si è tradotto nella volontà di diffondere un modello che mira alla formazione di un governo democratico. Ma le specificità proprie della tradizione islamica, che Glenn definisce "differenze sostenibili"<sup>3</sup>, sono state tali da vincolare l'accoglimento *tout court* dello stesso.

A tale scopo, si comparano i due modelli, per valutare fino a che punto si possa parlare di "costituzionalismo" secondo l'impostazione islamica, il quale è così messo alla "prova" attraverso il riferimento ai criteri tipici della teoria occidentale, come il principio di laicità o la tutela dei diritti, tanto da vagliare una tesi costituzionale "altra", nonostante i limiti che tale cultura giuridica pone nell'accettazione dello stesso.

*1. Le Costituzioni, il costituzionalismo islamico ed il rapporto con la shari'a: contenuti, limiti e peculiarità di un modello "altro"*

Secondo la teoria classica la nozione di *Costituzione*<sup>4</sup> è soggetta ad una pluralità di influenze che traggono origine nei significati a questa attribuita da studiosi di diverse discipline, quali sociologi, storici, ideologi e politici.

Nel suo significato semantico, il termine indica il momento del "costituire" la struttura dell'ordinamento e le regole fondamentali dell'istituzione giuridica originaria e sovrana. La Costituzione ridefinisce i caratteri di ogni singola organizzazione sociale, fissando le regole fondanti l'organizzazione dei poteri, tantoché senza tali regole lo Stato non esiste. In questo senso, diventa più corretto

<sup>3</sup> Cfr. H.P.GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2007

<sup>4</sup> Sulla Costituzione, cfr. G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997; G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2004; G. MORBIDELLI, *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismo*, Bologna, 2000; G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna 1997; G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2004; L. PEGORARO, *Diritto comparato pubblico e costituzionale*, Torino, 1998; M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2000

## IL COSTITUZIONALISMO ISLAMICO

affermare che ogni Stato ha una Costituzione, scritta o non scritta, in quanto in ogni esperienza statale è possibile individuare l'assetto delle regole dalle quali discende l'organizzazione degli apparati dotati di poteri supremi e l'insieme delle disposizioni che regolano il rapporto tra gli stessi.

La possibilità di rintracciare una Costituzione in ogni formazione statale risponde, tuttavia, ad un'istanza di natura meramente formale. Diversa è la necessità di investigare sul contenuto "sostanziale" delle Costituzioni che ogni esperienza statale adotta, e su tutte quelle convenzioni o norme "informali" strettamente connesse a quanto disposto, fondamentali per addivenire alla corretta interpretazione delle stesse.

Tale constatazione è particolarmente vera per gli ordinamenti oggetto di questo studio. Qui gli Stati si sono dotati di Costituzioni scritte le quali, secondo quanto detto in precedenza, hanno evidenziato le aspirazioni alle quali tali formazioni giuridiche hanno riferito, sia nell'organizzazione dei poteri pubblici che nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. Ma è anche vero che la comprensione di questi testi costituzionali "formali" passa attraverso la lettura di tutti gli elementi che caratterizzano tali sistemi di diritto, che nel caso del costituzionalismo islamico hanno origine divina o consuetudinaria.

Nel comparare, invero, le Costituzioni del contesto islamico con quelle dell'area europea, si individuano numerosi punti di contatto tra i due modelli, in particolare nell'ambito degli istituti adottati, come per esempio nella previsione formale del principio di separazione dei poteri. Ma un'analisi più approfondita permette di evidenziare le differenze esistenti, rinvenibili *in primis* nella diversa ragione giustificatrice dell'esercizio del potere, che nel caso di specie è riferito sempre alla legge islamica, tanto da individuare una prima fondamentale differenziazione nel diverso ruolo ricoperto dalla religione. Quest'ultima è tale da condizionare infatti la diversa forma di Stato adottata, che è nella maggior parte dei casi "confessionale", se non addirittura "teocratica"<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Nella maggioranza degli Stati dell'area, la *shari'a* è posta a riferimento della legislazione nazionale, come nel caso dell'articolo 2 della Costituzione egiziana. Soltanto l'Arabia Saudita riconosce il Corano come sua Costituzione. Nella sua *Basic Law* si legge, infatti, "*God's Book and the Sunnah of him prophet, god's prayer and peace upon him, are its constitution...*". Al contrario, un numero esiguo di Stati ha affermato il principio di laicità. È il caso dell'articolo 2 della Costituzione turca, che stabilisce "*la Repubblica turca è uno Stato democratico, secolare e sociale*".

## CAPITOLO I

Ciò mette in luce come la Costituzione, seppur testo formale, debba essere integrata da tutti quei fattori che caratterizzano l'ordinamento, affinché la stessa possa essere compresa ed analizzata<sup>6</sup>.

Tale conclusione richiama direttamente la nozione di costituzionalismo, definita dai moderni manuali di diritto come la “ricerca della modalità giuridica finalizzata alla limitazione legale del governo”, tanto da costituirsi come “l'antitesi del governo arbitrario”<sup>7</sup>, in quanto ispirata a riconoscere una “legge” quale unico e primo limite nei confronti di chi detiene il monopolio della forza.

Il costituzionalismo secondo l'accezione classica si conforma a quanto citato nell'articolo 16 della Dichiarazione del 1789, per cui i suoi due caratteri fondamentali sono la limitazione del potere e la tutela dei diritti, in assenza dei quali non si potrebbe parlare di costituzionalismo in senso stretto. Esso definisce come l'esercizio del potere deve essere realizzato e la modalità attraverso cui la tutela dei diritti trova concretizzazione nel singolo ordinamento, rappresentando quella parte dinamica dei sistemi giuridici, dinanzi alla staticità ed alla formalità del testo della Carta Costituzionale. Il costituzionalismo, pertanto, non è solo norme e regole, ma rappresenta la modalità attraverso cui si raggiunge la conformità a quelle regole stesse, secondo i fini stabiliti nella Carta.

Questo secondo elemento è determinante nello studio della realtà giuridica dell'area arabo-musulmana, in quanto, come vedremo, se è possibile qui parlare di “Costituzioni” in senso occidentale, diversa è la nozione di “costituzionalismo” con la quale bisogna confrontarsi. Alcuni autori, invero, nell'approcciarsi al tema hanno definito il fenomeno qui sviluppato riferendo all'esistenza di “Costituzioni in un mondo non costituzionale”<sup>8</sup>, mettendo in evidenza l'assenza di una vera cultura costituzionale, nonostante la maggioranza degli Stati dell'area si siano dotati di Carte sulla falsariga del modello occidentale.

La principale peculiarità del costituzionalismo islamico contemporaneo consta nel richiamo alla *shari'a*, la legge di Dio, assunta nelle Carte quale la principale fonte del diritto disciplinante l'ordinamento nel suo insieme, il quale dalla stessa trae la sua

---

<sup>6</sup> Cfr. A. HARDING, P. LEYLAND, *Comparative law in Constitutional Contexts*, in E. ÖRÜCÜ, D. NELCKEN, *Comparative law. A Handbook*, Oxford, 2007, pagg. 313- 338

<sup>7</sup> Cfr. C. H. MCILLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, (trad. it. a cura di V. DE CAPRIRIS), Venezia, 1956

<sup>8</sup> Cfr. N.J.BROWN, *Constitutions in a Nonconstitutional World*, cit.

legittimazione. La maggioranza delle Carte Costituzionali prevedono, difatti, il richiamo ufficiale alla legge religiosa ed all'obbedienza all'islam e ciò vale per gli ordinamenti sorti sia prima che dopo la colonizzazione, indipendentemente dalla forma di Stato, monarchica o repubblicana, da questi adottata<sup>9</sup>.

Seppur la formula vari da Stato a Stato, inserita quale disposizione specifica o richiamata nel Preambolo, il riferimento alla legge sacra è la principale causa di un paradosso giuridico e di un costituzionalismo in cui, ordinamenti che si definiscono sulla base di un sistema costituzionale e da fonti del diritto "secolari", riconoscono i principi della *shari'a* quale principio meta-statale che riferisce alla tradizione giuridica dell'area.

Se le Costituzioni si presentano quale Legge fondamentale dello Stato e come espressione della sovranità del popolo, il riferimento alla legge divina implica l'esistenza di una norma "alta", posta nella gerarchia delle leggi sul gradino più alto, alla quale è assegnata una priorità sul sistema, e quindi anche sulla stessa legge costituzionale, denotando così un modello che si basa sulla *duale* presenza di un ordinamento "laico", in quanto statale, e su norme di origine religiosa che limitano ed influenzano il primo.

*Ergo*, la principale specificità dell'esperienza giuridica-costituzionale arabo-islamica rinviene nel richiamo alla *shari'a*, fonte giuridica per eccellenza che regola tutti gli aspetti della vita dei cittadini, musulmani e non musulmani.

Tale modello giuridico classico risale alla teorizzazione sull'organizzazione dei poteri pubblici delineata dal profeta tra il 622 e il 632 d.c. a Medina<sup>10</sup>, dalla quale è discesa la cosiddetta "confessionalizzazione" dello Stato, che ha fatto del sistema qui avanzato un modello opposto a quello occidentale, tanto da sviluppare solo in parte i principi a cui il costituzionalismo occidentale richiama, sia con riguardo alla questione della tutela dei diritti, che con riferimento alla separazione dei poteri.

L'esistenza di una Carta Costituzionale scritta non ha circostanziato così il ruolo della legge e della tradizione islamica, ed anche laddove la tutela dei diritti e la

---

<sup>9</sup> Cfr. B. L. GARCIA, C. F. SUZOR, *op.cit.*

<sup>10</sup> In realtà, il modello teorico delineato da Maometto non ha mai trovato realizzazione. Già da dopo la morte del Profeta il modello di organizzazione dei poteri pubblici ha dovuto determinare delle regole "laiche" di funzionamento, legittimando, *in primis*, il potere politico e "secolare" dei detentori del potere, personificato dal califfo. Le fonti islamiche hanno lasciato spazio, nella determinazione delle regole per il funzionamento dello Stato, alle soluzioni individuate dai giuristi, i quali hanno così strutturato le regole su cui si è costruito il modello di Stato e di costituzionalismo islamico.

## CAPITOLO I

separazione di poteri sono stati formalmente importati, la *shari'a* ha limitato l'effettività degli stessi, vincolando il godimento dei diritti di alcune importanti categorie, come donne e minoranze, e mantenendo la tendenza a prassi autoritarie del passato, legittimate dal riferimento alla fede.

Rilevante a tal fine è il contributo di Sacco<sup>11</sup>, il quale ha sottolineato l'inadeguatezza della *shari'a* a regolare l'intero campo del diritto, e nello specifico del diritto costituzionale, in quanto la stessa non pone regole in materia di diritto pubblico e di organizzazione dello Stato, se non il richiamo alla legge sacra. Dal Corano, infatti, si evincono pochi principi in materia di diritto costituzionale, tra i quali:

- a) lo Stato islamico è un'organizzazione ideologica in quanto pone la *shari'a*, la sua ideologia, al vertice dell'intera struttura;
- b) la legiferazione non può che essere compatibile con la legge religiosa;
- c) i leader della comunità, detentori del potere politico, possono essere disubbiditi dalla *ummah*, la comunità islamica, nei casi in cui questi contravvengono ai dettati della *shari'a* stessa.

A queste posizioni replicano numerosi giuristi tradizionalisti musulmani, secondo i quali il Corano e la *sunnah* del profeta stabiliscono istituti immutabili e regole perenni, lasciando spazio solo in alcuni ambiti all'intervento umano, purché compatibilmente con il dettato divino.

Sotto questo versante, la *shari'a* appare più quale una cornice normativa che come un insieme di norme che stabiliscono l'organizzazione ed il funzionamento delle istituzioni dello Stato, condizione che ha avallato nel corso dei secoli lo sviluppo di teorie, da quella sul califfato a quella sulla separazione dei poteri che, seppur frutto di una volontà autonoma rispetto al dettato sharaitico, hanno utilizzato questo ultimo quale fonte per la loro legittimazione.

Attualmente gli sviluppi in senso costituzionale, garantiti anche dalla presenza di una giurisprudenza costituzionale sempre più cosciente del proprio ruolo, hanno trasformato le Costituzioni degli Stati musulmani in Carte "ispirate" alla *shari'a* ma "non subordinate ad essa"<sup>12</sup>, nel senso che non è rinvenibile un costituzionalismo

---

<sup>11</sup> Cfr. R. SACCO, *Diritti stranieri e sistemi di diritto contemporaneo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, 2001

<sup>12</sup> Cfr. D. ANSELMO, *Shari'a e diritti umani*, Torino, 2007, pag. 124

islamico in *strictu sensu*, ma è mantenuto un forte contatto con la legge di Dio solo in alcune materie, come lo statuto personale.

Non si dovrebbe parlare quindi di un costituzionalismo islamico *sic et simpliciter*, ma di un costituzionalismo in cui la *shari'a*, pur non rappresentando la Costituzione in sé, è sicuramente una fonte della cultura giuridica per l'intero ordinamento, in cui il principio di separazione tra Stato e religione tarda ad essere riconosciuto.

È proprio il mantenimento della centralità della *shari'a* quale riferimento sovragiuridico a destare i principali dubbi in materia di costituzionalismo compiuto. Fintantoché la stessa sarà considerata la regola aurea alla quale ogni ordinamento deve conformarsi, i principi del costituzionalismo tarderanno ad affermarsi, e tra questi, come vedremo, *in primis* la tutela dei diritti.

## *2. Il costituzionalismo nell'area islamica: origine e sviluppi di un modello "in-costituzionale"*

In tutti i sistemi giuridici dell'area arabo-musulmana è stata condotta negli ultimi due secoli un'esperienza di ricezione dei modelli costituzionali stranieri ispirati alle ideologie occidentali che sono sfociate in forme di organizzazione statali compiute.

È stato in tale occasione che principi come la sovranità nazionale, la democrazia rappresentativa, la forma di governo parlamentare, semi-presidenziale o presidenziale, la garanzia per i diritti individuali e collettivi sono stati riconosciuti, evidenziando una propensione alla diffusione dei principi del costituzionalismo classico anche nelle aree poste al di fuori di quella euro-atlantica.

Ma come detto, di là delle previsioni formali il costituzionalismo arabo si è caratterizzato quale un modello imperfetto, "di facciata"<sup>13</sup>, in cui l'entrata in vigore delle Carte non ha prodotto l'effettività di un sistema giuridico costituzionale né una tutela dei diritti e delle libertà, sulla scia del modello costituzionale evolutesi nella dottrina europea<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. M. OLIVIERO, *Il costituzionalismo arabo. Le costituzioni del Maghreb*, cit. pag. 44

<sup>14</sup> Nell'approccio all'analisi del costituzionalismo islamico una prima evidenza dalla quale partire è riconoscere come i concetti che storicamente connotano il costituzionalismo occidentale, quali "Stato di diritto" o "governo della legge", non abbiano trovato un corrispondente etimologico. Nel panorama "lessicale" del diritto islamico è possibile unicamente ricorrere a termini equivalenti, quale *dawla a qanun*, che rende il significato del termine tedesco *rechtsstaat*, o *hukm al-qanun*, che importa il

## CAPITOLO I

Da questa premessa, nasce l'esigenza di analizzare le origini e le peculiarità del modello islamico, al fine di meglio comprendere i sistemi giuridici oggi presenti nell'area in oggetto.

Il costituzionalismo, secondo l'accezione moderna del termine, è stato introdotto nella regione dai sultani ottomani quale risposta alle pressioni europee ed, al contempo, alle necessità di modernizzare le proprie strutture di governo, ormai considerate antiquate. Ma, pur ispirandosi al modello europeo, esso è riuscito a mantenere i caratteri propri del sistema giuridico musulmano.

Il primo documento concesso dai sultani è stato l'*Hatti Sharif* di Gülhane del 1839, con il quale ha preso avvio la fase delle *tanzimat* o riforme, e quindi della riorganizzazione dello Stato e l'inizio della codificazione sulla base del modello europeo<sup>15</sup>. Questo è stato seguito dall'*Hatti-Humayun* nel 1856, che ha affermato per la prima volta l'uguaglianza formale di tutti i cittadini ottomani ed il riconoscimento delle nazioni religiose o *millet*, come comunità a sé stanti alle quali assegnare la completa competenza in tema di organizzazione della materia sullo statuto personale<sup>16</sup>.

Tale processo è culminato con l'adozione della prima Carta Costituzionale dell'impero Ottomano del 1876, la *Kanun-i-Esasi*, la quale ha combinato i principi del governo parlamentare e dell'uguaglianza dei cittadini con le pratiche proprie dell'islam; lo stesso sultano è riconosciuto quale capo della comunità musulmana, a

---

concetto di *rule of law*. Tale vuoto semantico non è da considerare, però, secondo Bahlul il simbolo della totale assenza dei concetti di costituzionalismo in questa area. Tale riferimento, infatti, può essere identificato riferendo al senso attribuito al concetto di *Legge* ed all'insieme dei principi che dalla stessa ne derivano. Cfr. R. BAHLUL, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto: Storia, teoria, critica*, Milano, 2002

<sup>15</sup> Tra il 1839 e il 1876, sono state varate una serie di norme, conosciute come *tanzimat*, che hanno segnato un periodo di rilevanti riforme giuridiche sul piano dei diritti. Secondo Felman, queste innovazioni possono essere scisse in giuridiche "in senso stretto" ed in "costituzionali"; con le prime ci si riferisce ai Codici adottati, tra i quali il *Mecelle*, i quali hanno ridotto l'impatto della *shari'a* nella regolamentazione delle situazioni giuridiche. Con la seconda tipologia, invece, ci si riferisce alle riforme istituzionali ed alla creazione di nuovi organi prima sconosciuti, ed introdotti nel sistema esistente. La codificazione della *shari'a* ha comportato un cambiamento nell'impostazione giuridica del sistema, che per la prima volta ha *positivizzato* il diritto divino, modificando anche il ruolo degli operatori del diritto, come i giudici o gli stessi giuristi. La *shari'a*, così, mantiene la sua vincolatività nella misura in cui le sue norme sono introdotte in un Codice "laico" e scritto, adottato dal Capo dello Stato. Cfr. N. FELDMAN, *The fall and rise of the Islamic state*, Princeton-Oxford, 2008, pag. 60

<sup>16</sup> Cfr. R. DEVEREUX, *The first Ottoman Constitutional period*, Baltimore, 1963

prova della volontà di non abbandonare la identità islamica dell'impero, nonostante l'introduzione del modello di codificazione straniero.

Con la Costituzione ottomana del 1876, per la prima volta le peculiarità del modello occidentale sono introdotte nei sistemi giuridici orientali, ma ciò non ha risolto la questione del ruolo da assegnare alla materia religiosa nel governo dello Stato. L'islam è sempre assunto quale "religione di Stato", stabilendo sin dal principio l'obbligo della compatibilità della legislazione nazionale con la *shari'a*.

L'avvicinamento ai modelli costituzionali europei non ha sminuito il ruolo e la peculiarità del modello costituzionale musulmano, che ha in tal modo mantenuto il richiamo alle legge religiosa. E così è stato per tutte le Costituzioni dell'area che sono seguite a quella ottomana, in cui non è mai stato messo in dubbio il ruolo da attribuire nell'ordinamento costituzionale alle legge di Dio.

La comprensione di questa fase passa anche attraverso l'analisi del ruolo svolto dalle istituzioni religiose sharaitiche, le quali hanno continuato a mantenere la propria supremazia, piuttosto che affermare la loro autonomia sul sistema politico, spiegando il mantenimento del forte riferimento all'elemento religioso nelle Carte. Così, il nuovo ordinamento costituzionale ha continuato a sviluppare l'ideologia e la politica islamica, basata sul richiamo alla *shari'a* ed ai valori della legge sacra.

La stessa previsione della *shari'a* quale fonte della legislazione è un dato che evidenzia la distanza tra un ordinamento costituzionale in senso stretto ed un ordinamento che riconosce la supremazia della norma religiosa. Secondo questa impostazione, se la *shari'a* è "la" fonte primaria della legislazione (*tashri'*), è possibile affermare che essa costituisce la principale base giuridica di un sistema in cui il termine "legislazione" non rinvia solo ai provvedimenti legislativi od ai decreti aventi forza di legge, ma a tutti gli atti giuridici, tra cui la stessa Costituzione, rendendo le fonti sharaitiche quali un ordine "sovra-costituzionale" a cui la stessa Carta deve subordinarsi.

Il primo costituzionalismo islamico affianca, altresì, all'elemento religioso anche quello dell'autoritarismo quale forma di organizzazione del potere-tipo di questi sistemi. Così, contrariamente alla teoria costituzionale classica che vede tra i suoi principi cardine le tecniche per la limitazione del potere del governo, l'esperienza arabo-musulmana evidenzia un'inversione di rotta, con l'instaurazione di governi

## CAPITOLO I

autocratici, autoreferenziali e legittimanti dalla legge sacra, e che mancano di dare attuazione a quanto previsto sul piano formale, soprattutto in tema di diritti e libertà<sup>17</sup>.

Le Carte Costituzionali o *dustūr*<sup>18</sup> dei sistemi afferenti all'area si sono presentate, così, fin dall'inizio più come una dichiarazione di intenti che come un effettivo complesso di norme volte a definire l'organizzazione ed il funzionamento dello Stato.

La perenne instabilità politica che ha caratterizzato la storia costituzionale di tali esperienze ha condotto all'adozione, nell'arco di pochi decenni, di una varietà di Carte Costituzionali che hanno avuto il mero ruolo di giustificare le posizioni autoritarie assunte dai detentori del potere. Ciò è stato causa di una profonda instabilità costituzionale, che ha snaturato il significato stesso di Costituzione, la quale in questa fase ha perso il senso di Legge fondamentale, disciplinante il complesso di regole assicuranti la credibilità delle istituzioni.

La Costituzione, cioè, ha avuto la sola funzione di legittimazione del potere, senza svolgere, al contrario, una funzione di programmazione e di garanzia<sup>19</sup>, svuotando quella volontà di importazione dei modelli liberali del costituzionalismo classico europeo.

L'assenza di un dibattito politico interno volto ad una vera volontà costituzionale ha evidenziato le lacune nel processo di riforma che, nella successiva fase di decolonizzazione, ha determinato la crisi degli Stati nascenti per l'incapacità di rispondere alle richieste di democrazia e di partecipazione provenienti dal basso, avallando l'opzione militare quale unica alternativa in grado di guidare le transizioni. La mancata definizione del costituzionalismo, inteso quale prodotto dell'incontro con la modernità giuridica di matrice occidentale, ha condizionato di conseguenza la storia di questi ordinamenti, nei quali la transizione in senso "costituzionale", secondo la dogmatica occidentale, non si è dunque mai conclusa.

---

<sup>17</sup> Sull'evoluzione del costituzionalismo arabo, cfr. G. N.SFEIR, *Modernization of the law in Arab States. An investigation into current civil, criminal and constitutional law in the Arab world*, San Francisco, 1998

<sup>18</sup> Il termine "*dustūr*" fa parte del vocabolario arabo moderno. Esso indica una serie di regole, ed in senso tecnico è utilizzato per designare la Costituzione. Cfr. *Dustūr*, voce in *Encyclopédie de l'Islam*, Paris, 1965, pag. 654 e ss.

<sup>19</sup> Cfr. M. OLIVIERO, *Il costituzionalismo arabo. Le costituzioni del Maghreb*, cit. pag. 3

Il costituzionalismo diventa il risultato di un periodo di imposizione di logiche esterne che, se da un lato ha prodotto una modernizzazione delle istituzioni giuridiche, economiche e sociali, dall'altro non ha visto fiorire quelle posizioni necessarie per far sviluppare una logica costituzionale "occidentale".

La Costituzione non nasce per limitare il potere ma per mascherarlo, legittimando l'autorità dispotica e tirannica di chi lo detiene. Da qui la già citata espressione che identifica la realtà giuridica islamica come "incostituzionale"<sup>20</sup>, in cui la Carta fondamentale è asservita, in sostanza, al rafforzamento dei poteri locali, che la hanno utilizzata solo a scopi politici, per dichiarare la sovranità, l'indipendenza o l'ideologia nazionale.

In tutti questi casi, essa non ha rappresentato la modalità per limitare il potere né tantomeno lo strumento per garantire la tutela dei diritti, quanto piuttosto il dispositivo necessario per diffondere le posizioni che hanno legittimato quel potere stesso.

Così, l'adozione delle Costituzioni ha seguito una finalità che non è quella dell'ideologia liberal-democratica, divenendo il mezzo per regolare i rapporti tra i gruppi di potere o per organizzarne il suo esercizio senza alcuna previsione volta a limitarlo.

Condizione storica questa che rappresenta le peculiarità di fondo di tale modello costituzionale che, unitamente alla lettura "sharaitica" della organizzazione dei poteri pubblici, ha condotto ad un modello staccato da qualsiasi altra esperienza oggi esistente.

### *2.1 L'elemento storico nell'esperienza del costituzionalismo musulmano*

Le vicende storiche delle istituzioni islamiche sono sempre state influenzate da differenti ideologie e sistemi di pensiero e tra queste l'islamismo o *islāmiyya*, l'arabismo o *al-'urūba* ed il nazionalismo o *iqḷīmīya*.

Nell'analizzare l'origine storica del costituzionalismo islamico contemporaneo è utile soffermarsi sulle prime Carte dell'area, sviluppate nel corso del diciannovesimo secolo, quella tunisina, ottomana, ed egiziana, il cui approfondimento consente di

---

<sup>20</sup> Cfr. N.J.BROWN, *Constitutions in a Nonconstitutional World*, cit.

comprendere la radice dei problemi ancora oggi irrisolti e che caratterizzano il costituzionalismo di questa area.

È questa la fase in cui l'area giuridica islamica si apre al "costituzionalismo" occidentale, dando vita a diverse esperienze giuridiche, influenzate sia dal bisogno di modernizzazione imposto dalla presenza europea, che dall'esigenza di superare l'immobilismo sociale e giuridico dell'area.

A questo è seguito il periodo di importazione dei modelli giuridici occidentali *tout court* e del suo conseguente fallimento, il quale ha condotto all'attuale richiamo alla restaurazione del modello tradizionale, cui le forze più conservatrici rimandano.

La comprensione di queste fasi è centrale per intendere le peculiarità di un sistema giuridico ancora in cerca della sua giusta collocazione.

### *2.1.1 Le prime Costituzioni arabo-islamiche e le loro evoluzioni*

Dal punto di vista storico, i principali esperimenti costituzionali del diciannovesimo secolo rappresentano dei microcosmi del modello giuridico emerso poi nei decenni seguenti, emblemi di un sistema in cui non è mai stato facile ricercare una sintesi tra le posizioni liberali di origine occidentale e quelle tradizionaliste di ispirazione islamica.

La legge dello Stato tunisino, il *quanun al-dawla al-tunisiyya*, adottata nel 1861 è la prima Costituzione scritta del mondo arabo. Il documento è entrato in vigore in un contesto di cambiamento politico da parte di una leadership ambiziosa che ha ostentato come unico obiettivo la centralizzazione del potere.

La Tunisia è, in questa fase, virtualmente una provincia indipendente dell'impero Ottomano, che soffre della presenza europea, soprattutto britannica e francese, sempre più interessata al mediterraneo. Cosicché, alcuni scontri tra musulmani ed ebrei, concedono alle potenze europee l'opportunità per chiedere al Bey le riforme promulgate nell'impero Ottomano. Nel 1857 è adottato il '*ahd al-Imam*, la Carta della fede, documento che garantisce per la prima volta la protezione delle persone, della proprietà, la regolamentazione della tassazione e del servizio militare ed altre concessioni ai non musulmani.

La Costituzione vera e propria è adottata qualche anno dopo, nel 1861, e nella stessa confluiscono alcune delle strutture e delle pratiche europee. Il Capo dello Stato è definito il “Re” e non come il “Bey”, ma sono mantenuti precisi riferimenti alla natura islamica dello Stato<sup>21</sup>. La prima Costituzione tunisina consiste, infatti, di tredici sezioni, le prime due riferenti al monarca ed alle sue competenze e la terza costituiva del Gran Consiglio, l’organo assembleare e rappresentativo del nuovo Stato. Alle parti dedicate all’organizzazione dei poteri pubblici, segue la sezione dodicesima disciplinante i diritti dei tunisini, nei confronti dei quali si riconosce il principio di eguaglianza giuridica, richiamando il *‘ahd al-Iman* ottomano.

L’esperimento costituzionale tunisino traduce, tuttavia, il tentativo di sviluppare un sistema costituzionale che trova il suo fondamento nell’islam, con un’autorità che trae la sua legittimazione dalla *shari’a* ed una élite politica sotto il controllo e l’indirizzo degli *ulama*. Per questi motivi, esso rappresenta un modello non democratico, e seppur l’inserimento di previsioni costituzionali dirette alla formazione di organi, quali il Gran Consiglio, predisposti al “controllo” del potere esecutivo, lo stesso fallisce, stante la forza che la tradizione ha continuato ad esercitare in tutti i livelli della nuova organizzazione pubblica.

Medesimo epilogo ha avuto l’esperienza giuridica che cronologicamente segue a quella tunisina, la già citata Costituzione ottomana<sup>22</sup>. Dal punto di vista storico, questa Carta Costituzionale è stata promulgata in un periodo in cui l’impero Ottomano soffre una profonda crisi<sup>23</sup> causata da una serie di problemi, interni ed esterni. Tra i primi, le rivolte delle province balcaniche ed il programma militare, che conduce alla bancarotta del paese. Tra i secondi, la necessità di confrontarsi con le potenze europee, stante l’impossibilità di resistere all’influenza della stessa. A questa segue l’adozione di un modello costituzionale più vicino al modello europeo, entrato in vigore nel 1876. La più grande novità è costituita dal riconoscimento del principio di uguaglianza di diritti davanti la legge per tutti gli ottomani, nonché dalla

---

<sup>21</sup> Come evidenzia Brown, nonostante le notevoli influenze europee, già queste prime Carte costituzionali presentavano delle proprie specificità. Il Gran Consiglio, l’organismo assembleare, godeva di competenze sia amministrative che giudiziali, violando così il classico principio della separazione dei poteri del costituzionalismo europeo. Cfr. N.J.BROWN, A.O. SHERIF, *Inscribing the Islamic shari’a in Arab constitutional law*, in Y.Y. HADDAD, B.F. STOWASSER (ed. by), *Islamic Law and the challenges of modernity*, Walnut Creek- Oxford, 2004

<sup>22</sup> Cfr. R. DEVEREUX, *op. cit.*

<sup>23</sup> Cfr. N. FELDMAN, *op. cit.*, pagg. 59-65

## CAPITOLO I

previsione di organi costituzionali, quali un'Assemblea Nazionale ed un Senato, rappresentativi delle istanze popolari. Il potere esecutivo rimane nelle mani del sultano, che assume la carica di Califfo, le cui competenze vengono delineate in Costituzione.

Il testo costituzionale lascia, tuttavia, ampi spazi all'ambiguità. Esso non solo è scritto da un gruppo limitato di giuristi posti sotto l'autorità diretta del sultano stesso, ma prevede un'Assemblea legislativa alla quale è conferito un limitato potere di iniziativa e di controllo politico sull'esecutivo<sup>24</sup>.

La Costituzione ottomana presenta, invero, i medesimi problemi della Carta tunisina. Il forte riferimento all'islam e la predominanza degli *ulama* nelle istituzioni dello Stato condiziona la stesura della stessa. L'islam è riconosciuto quale religione di Stato, e l'imperatore è sultano e vicereggente di Dio sulla terra, in assenza di forme di limitazioni del suo potere.

Così, la prospettiva di stabilire il *rule of law*, per mezzo della previsione di un'Assemblea legislativa e di un organo giurisdizionale forte, ma in un contesto che mantiene il riferimento ai principi islamici, conduce anche in tal caso al totale insuccesso. Le nuove istituzioni non si dimostrano in grado di rispondere alle effettive pretese volute dai costituenti, portando alla crisi costituzionale dell'impero. D'altro lato, però, le istituzioni islamiste, come *mufti* e *qadi*, non possono più rivendicare uno Stato islamico forte, avendo partecipato direttamente al processo di democratizzazione ed occidentalizzazione del diritto.

La *shari'a*, il potere esecutivo del sovrano ed i giuristi islamici hanno rappresentato in tale frangente, senza dubbio, i tre soggetti principali di questa prima forma di costituzionalismo. La destabilizzazione della prima, tuttavia, è stata la causa della perdita della centralità degli altri due soggetti, per cui anche il progetto di restaurazione di uno Stato islamico-ottomano è stato abbandonato.

La Costituzione egiziana è l'ultima Carta ad essere promulgata durante il diciannovesimo secolo, grazie al tentativo di statalizzazione compiuto da Muhammad 'Ali, oggi riconosciuto quale il fondatore dell'Egitto moderno<sup>25</sup>. Il primo

---

<sup>24</sup> Al Parlamento spettano alcune prerogative, quale il potere inquisitorio per reati commessi dai Ministeri e, previa autorizzazione del sultano, la presentazione di questionari e la richiesta di revisione di un progetto di legge, oltre che un potere di controllo di natura finanziaria.

<sup>25</sup> Cfr. A. HOURANI, *Storia dei popoli arabi*, Milano, 1992, pagg. 273 e ss.

esperimento costituzionale è avviato nel 1879, ma si conclude in un insuccesso, a causa dell'eccessivo controllo delle potenze europee. Nel 1882 è adottata la nuova Costituzione, la quale segue le medesime sorti del documento tunisino e di quello ottomano.

Come le precedenti, anche la Costituzione egiziana prevede l'istituzione di un Consiglio quale corpo rappresentativo e competente in materia legislativa, ma come per l'esperienza tunisina ed ottomana, pochi ed ambigui sono i modi di limitazione del potere esecutivo e dell'autorità regale. Ancora una volta, il modello costituzionale è lontano dall'assicurare un sistema effettivamente democratico ed il richiamo alla legge religiosa diventa il tratto distintivo che limita il funzionamento di quelle stesse *neo*-istituzioni introdotte<sup>26</sup>.

Le tre esperienze analizzate rappresentano, dunque, i primi esperimenti costituzionali arabo-islamici che permettono di prendere atto di come anche quest'area sia stata interessata dal movimento costituzionalista, seppur con un secolo di ritardo rispetto all'Occidente. Ciò nonostante, il modello sviluppato ha meramente confermato le logiche di potere preesistenti, vista l'assenza di una vera volontà costituente finalizzata ad introdurre i principi del costituzionalismo classico. Per tali motivi, tali primi sistemi costituzionali si attestano come modelli "a metà" tra il riconoscimento formale di forme di governo democratiche e la concentrazione dell'uso del potere nelle mani di pochi, condizione questa tra l'altro benedetta e legittimata dalla politica religiosa islamica, a conferma di una tendenza giuridica e politica che ha rappresentato il *leit motiv* dell'intera esperienza costituzionale di questi spazi.

### *2.1.2 Il costituzionalismo nel XX secolo ed il condizionamento dei modelli occidentali*

Nei primi decenni del ventesimo secolo diversi Stati hanno adottato le loro Costituzioni, tra cui l'Egitto, quale simbolo della conquistata indipendenza dai colonizzatori europei.

---

<sup>26</sup> Il costituzionalismo egiziano è trattato nel capitolo quarto, al quale si rimanda.

## CAPITOLO I

Il “nuovo” costituzionalismo è permeato a seguito degli accordi di *Sykes-Picot*<sup>27</sup>, con i quali è sancito la frammentazione dell’Impero Ottomano e la nascita dei quattro nuovi Stati, poi sottoposti ai mandati francese e britannico.

Grazie all’influenza europea sono importati i modelli costituzionali dei paesi occupanti, ma a causa del rifiuto avanzato dalla popolazione indigena e l’incapacità dei gruppi dominanti locali di organizzare la società, la dottrina costituzionale ancora una volta non subisce alcun processo di occidentalizzazione<sup>28</sup>.

Questo periodo è definito come la fase dell’“imposizione”<sup>29</sup> dei modelli costituzionali occidentali, durante la quale è importato il concetto di nazione e le nuove entità statali adottano Carte Costituzionali secondo il modello liberale, seppur l’organizzazione dei poteri e la sovranità rimangono fortemente limitate dalla presenza delle potenze mandatarie.

Le Costituzioni diventano lo strumento per supportare l’indipendenza nazionale conquistata e per delineare le strutture politiche, in assenza di un vero tentativo di limitazione dei poteri. Questo costituzionalismo evidenzia, invero, la presenza di un’élite politica poco propensa alla transizione democratica del sistema oltre che la presenza di burocrazie militari, le quali a partire dagli anni cinquanta divengono le protagoniste della vita politica della maggioranza degli Stati arabi. Le stesse riescono ad imporsi in un contesto politico caratterizzato da grande instabilità, alle quali si aggiunge a partire dagli anni sessanta anche il ricorso all’ideologia socialista.

Le burocrazie militari hanno personificato, di fatto, quei modelli di lotta politica in cui le stesse si sono proposte come i soggetti di riferimento istituzionale, capaci di

---

<sup>27</sup> Gli accordi di *Sykes-Picot*, dal nome dei capi delegazione che li hanno stipulati, sono considerati dagli storici l’evento che ha eliminato la possibilità che il territorio arabo, dopo la prima guerra mondiale, si aprisse all’occidentalizzazione. Nel 1916 la Gran Bretagna sottoscrive con la Francia e la Russia i nuovi impegni con i quali l’Oriente arabo, già parte dell’impero Ottomano, è diviso in zone d’influenza francese ed inglese. In forza dei nuovi accordi, accolti poi nello statuto del Patto istitutivo delle Società delle Nazioni, alla Francia è assegnato il protettorato su Marocco, Tunisia, Cambogia e Laos ed il mandato in Siria e Libano, mentre la Gran Bretagna ottiene il mandato in Iraq ed in Transgiordania. Nel Maghreb, interamente sotto l’influenza francese, solo la Libia è sottoposta al controllo italiano. Per una lettura del patto istitutivo della Società delle Nazioni cfr. il sito <http://www.studiperlapace.it/documentazione/socnazioni.html>.

<sup>28</sup> Anche per tal motivo, sia la società che gli stessi gruppi sociali hanno cominciato a rifarsi al fondamentalismo religioso quale fenomeno per condurre la lotta in senso antioccidentale. Cfr. B. TIBI, *Il fondamentalismo religioso*, Torino, 1997

<sup>29</sup> Cfr. M. OLIVIERO, *Il costituzionalismo arabo. Le costituzioni del Maghreb*, cit. pag. 15

difendere i valori della nazione araba ed il riferimento alla fede religiosa islamica<sup>30</sup>. Il periodo delle burocrazie militari e quello dell'instaurazione di regimi votati ai principi di ispirazione socialista hanno rappresentato due importanti tappe dell'evoluzione del modello costituzionale islamico contemporaneo, che hanno ostacolato la effettiva realizzazione dei principi del costituzionalismo democratico inizialmente accolti.

Il fallimento dell'importazione dei principi liberali ha riportato in auge i valori del costituzionalismo "islamico" classico, il quale riconoscendosi come fenomeno giuridico dotato di proprie specifiche peculiarità, ha iniziato a sganciarsi dalle impostazioni tradizionali del modello europeo. Così, alle Costituzioni recepite sul piano formale, si è aggiunta l'influenza degli istituti, degli usi, delle tradizioni e dei costumi propri di tali luoghi sul piano sostanziale.

Tale caratterizzazione è giunta fino a noi e nelle attuali Carte, espressione di un costituzionalismo "duale" che trae la sua giustificazione sia da quei principi importati dal modello occidentale che dal riferimento alla legge divina quale fonte giustificatrice dell'intero ordinamento, e che evidenzia come, nonostante le transizioni avviate, l'islam continui a rappresentare un carattere indiscutibile della tradizione giuridica di questa area.

### *2.1.2.1 I cicli ed i modelli costituzionali*

L'analisi del costituzionalismo dell'area arabo-islamica degli ultimi due secoli può essere realizzata facendo riferimento a criteri "classificatori" che permettono di evidenziare alcune peculiarità di questi ordinamenti. Ciò avviene sia per mezzo di un approfondimento per "cicli" che attraverso un approccio per "modelli" costituzionali: i primi mettono in rilievo l'andamento storico, mentre i secondi, assumendo la comparazione con le principali ideologie europee, consentono di poter meglio

---

<sup>30</sup> Il panarabismo è un elemento cruciale del costituzionalismo di questa fase. Quasi tutte le Costituzioni adottate contengono il riferimento alla "Nazione Araba". Così è per la Costituzione della Siria del 1950, dell'Egitto di Nasser del 1956, dell'Iraq del 1958. Con la crisi dell'arabismo a partire dal 1967, si ha un primo ritorno ai nazionalismi locali e soprattutto ai valori tradizionali e con gli accordi siglati a *Camp David* tra Egitto ed Israele nel 1979, e si riavvia quella fase di restaurazione del modello costituzionale "islamico", basato sul richiamo ai modelli giuridici tradizionali ed alle ideologie politiche fondamentaliste. Cfr. tra tutti A. HOURANI, *op. cit.*

## CAPITOLO I

evidenziare il tipo di condizionamento che le esperienze occidentali hanno riversato sul fenomeno costituzionale musulmano.

Si tratta di specifiche categorizzazioni attraverso le quali si può determinare la distinzione tra le Costituzioni che si sono qui delineate sotto il versante storico e le specifiche caratteristiche assunte in rapporto con il potere e le ideologie politiche, in questo caso liberali e socialiste. Sempre presente è invece il riferimento al religioso, nonostante l'impostazione secolare delle istituzioni, il che va a confermare il carattere del costituzionalismo islamico, che non riconosce il principio di laicità se non con le rare eccezioni analizzate nei paragrafi che seguono.

Secondo Oliviero<sup>31</sup>, l'approccio "storico" all'esperienza giuridica e politica del ricevimento dei modelli europei negli ordinamenti dell'area musulmana conduce alla classificazione del fenomeno costituzionale arabo-islamico secondo due stadi o "cicli costituzionali", che lo stesso distingue in ordine al rapporto staticità/dinamicità del processo di transizione.

La prima fase, più "statica", è caratterizzata dall'assimilazione della struttura dello Stato occidentale, importata durante i periodi della colonizzazione. Tale tappa si è conclusa con la formazione di organizzazioni statali fondate sul rispetto dei principi proclamati all'interno delle Carte, seppur fatte convivere con i precetti musulmani.

La successiva seconda fase, più "dinamica", registra i primi moti di indipendenza delle nuove formazioni statali, che conducono ad un allontanamento dal modello formale cui queste si erano inizialmente ispirate, approdando ad una versione di costituzionalismo "autoctono", caratterizzato dagli aspetti principali di questi ordinamenti, a metà strada tra il richiamo ai valori del costituzionalismo occidentale ed a quelli della tradizione giuridica classica.

Un più ampio e dettagliato approfondimento sui cicli costituzionali è stato compiuto da De Vergottini, il quale ha identificato l'esperienza dello Stato islamico quale una *species* del *genus* "Stati in via di modernizzazione"<sup>32</sup>. A questa fanno riferimento

---

<sup>31</sup> Cfr. M. OLIVIERO, *La ricezione del modello semipresidenziale nei paesi arabi*, in L. PEGORARO, A. RINELLA (a cura di), *Semipresidenzialismi*, Padova, 1997; M. OLIVIERO, *I cicli costituzionali nel mondo arabo*, Perugia, 2002

<sup>32</sup> De Vergottini differenzia gli ordinamenti giuridici rifacendosi a tre criteri, quali l'attribuzione, l'esercizio e la finalità del potere. Nel caso dei paesi in oggetto di esame, si parla di "Stati con finalità di modernizzazione", in cui tendenzialmente si privilegia la concentrazione del potere ed una modalità di utilizzo autoritaria derivante da un'imposizione dei governanti sui governati. In questi rientrano le esperienze costituzionali del continente africano, di quello asiatico e dell'America Latina divenuti

formazioni statali che hanno sviluppato specificità proprie, e pertanto non rientranti nelle forme classiche del costituzionalismo liberale o sovietico, pur se influenzate dalle stesse.

Nello specifico, De Vergottini sostiene che si possono individuare quattro cicli costituzionali, tramite i quali evidenziare come le difficoltà incontrate da tali formazioni statali nell'adottare in blocco i principi europei abbiano condotto, alla fine, nel corso del ventesimo secolo ad un loro rigetto<sup>33</sup>.

Il primo ciclo riferisce alla fase dell'adozione integrale dei testi costituzionali offerti dalle potenze coloniali. Questo riguarda gli Stati che si sono dotati di una Costituzione nell'intervallo di tempo compreso tra la fine del primo conflitto mondiale e gli anni cinquanta. All'interno di questa ondata, così, si possono distinguere le Carte degli anni venti, quale quella egiziana, irachena o giordana, e di quegli Stati che acquistano l'indipendenza negli anni sessanta, quali il Marocco, il Qatar, il Kuwait e la Tunisia. I nuovi sistemi giuridici accolgono tutti i principi classici del costituzionalismo occidentale-liberale, quali la sovranità nazionale, la democrazia rappresentativa, la separazione dei poteri, la forma di governo parlamentare o semipresidenziale, la garanzia per i diritti individuali o collettivi, sulla scorta dell'influenza del modello costituzionale britannico e di quello francese.

Il secondo ciclo ha interessato gli stessi ordinamenti che dagli anni sessanta, con l'avvio della decolonizzazione, hanno rigettato il modello liberale sul piano sostanziale. Pur mantenendo sul piano formale i principi prima importati, gli stessi si sono aperti a soluzioni differenziate, al fine di dare risposta alle esigenze locali, ripristinando anche molti degli istituti aboliti durante l'epoca coloniale. È in tale fase che è superato il principio di separazione dei poteri, il quale è soppiantato da un concentramento nelle mani dell'esecutivo presidenziale monocratico, figura ricoprente la carica di Capo dello Stato e di vertice del partito, in un sistema politico caratterizzato dalla presenza del "partito dominante" o del "partito unico". Scompaiono i riferimenti al riconoscimento ed alla tutela delle libertà individuali e collettive e del pluripartitismo.

---

indipendenti a seguito della fine del fenomeno coloniale. Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit. pagg. 126 e ss.

<sup>33</sup> Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998

## CAPITOLO I

Il terzo ciclo si avvia verso la fine degli anni sessanta, ed è caratterizzato dal totale rigetto del costituzionalismo liberale, per l'assunzione dell'ideologia socialista e per il controllo statale dell'economia. Ciò è avvenuto in tutti quegli Stati che hanno risentito dell'influenza dell'Unione Sovietica, portando alla formalizzazione di principi come l'accentramento del potere nelle mani del leader e del partito quale sbocco naturale della convergenza Stato-partito realizzata già con la fase precedente. La stagione della cosiddetta rinascita islamica, avviata a partire dagli anni settanta, rimette in gioco il ruolo della religione quale primaria fonte della legittimazione del potere pubblico e quindi dello stesso modello costituzionale, determinando la crisi di questa fase.

Il quarto ciclo, infine, ha preso avvio con la dissoluzione del sistema sovietico ed è stato caratterizzato da un parziale, seppur limitato, ritorno ai principi liberali classici. Le Costituzioni adottate in questo arco di tempo sono la conseguenza dell'espressione di un potere costituente volto a delegittimare l'antecedente sistema. Sono recuperati i principi del costituzionalismo liberale classico, quali la separazione dei poteri e la tutela delle libertà individuali, anche se la loro applicazione rimane circoscritta.

Unico elemento sempre presente in ognuno di questi stadi è il riferimento alla legittimità islamica, la quale impone una visione della persona e del potere politico lontana da quella occidentale, limitando l'attuazione del costituzionalismo secondo il modello straniero. Quest'ultimo ha trovato difficoltà anche in quelle formazioni a maggioranza musulmana che hanno abbracciato l'impostazione "laica", ed in cui la mobilitazione di movimenti e partiti estremisti ispirati ai principi islamici si è rivelata un serio rischio per la sopravvivenza degli ordinamenti giuridici stessi.

Questo breve richiamo all'evoluzione storica evidenzia come nell'arco di poco tempo la transizione costituzionale ed i cicli qui succeduti siano stati caratterizzati dall'instabilità politica ed istituzionale, in cui l'unico punto di riferimento sempre costante è stato l'islam.

Questa circostanza viene ancora di più in rilievo attraverso un'analisi per "modelli" costituzionali, essendo questo un approccio che permette di approfondire in seno al

processo di transizione costituzionale dell'area le cosiddette "tendenze costituzionali prevalenti"<sup>34</sup>, andando oltre la metodologia storica dei cicli.

I modelli costituzionali adottati nell'area si sono distinti principalmente a seconda dell'assimilazione delle concezioni giuridiche di derivazione liberale o di ispirazione socialista.

Nel primo caso, sulla scorta dei modelli francese ed inglese importati, le Carte hanno accolto il principio di separazione dei poteri e la relazione tra potere legislativo, esecutivo e giudiziario è stata realizzata attraverso modalità diverse, a seconda della forma di governo adottata<sup>35</sup>. In un primo momento, è quella parlamentare a diffondersi maggiormente, soprattutto in Egitto con la Costituzione del 1923, in Libia nel 1951, in Giordania nel 1946 e nel 1952. Soltanto dopo l'entrata in vigore della Costituzione francese del 1958, hanno iniziato a divulgarsi forme di governo semipresidenziali, soprattutto nell'area magrebina.

Le Costituzioni richiamano nei loro testi le garanzie nei confronti delle minoranze, unitamente alla tutela prevista per i diritti individuali, evidenziando una volontà di avvicinarsi ad una forma di governo democratico-liberale. Attraverso il riferimento alla legislazione elettorale, sono inserite previsioni miranti a salvaguardare le minoranze etniche o religiose al fine di garantire la giusta rappresentanza di ogni gruppo, prevedendo altresì la tutela per il ruolo dei partiti politici e delle opposizioni parlamentari<sup>36</sup>.

Il rigetto di questo modello arriva però ben presto, e si traduce nella rinuncia agli istituti importati e nell'orientamento verso la concentrazione dei poteri della leadership, con l'annullamento del pluripartitismo. La causa di questa involuzione è da rintracciare nell'inadattabilità di questo modello con il tessuto sociale ed il contesto politico. L'insuccesso del costituzionalismo liberale è il prodotto, infatti, delle pratiche di leader politici, unicamente interessati a legittimare il proprio potere autoritario, eliminando dai testi formali la vigenza dei principi di ispirazione liberale. A tal fine gli stessi riferiscono alla ideologia politica di origine religiosa, poggiante

---

<sup>34</sup> Cfr. M. OLIVIERO, *Il costituzionalismo arabo. Le costituzioni del Maghreb*, cit., pagg. 33 e ss.

<sup>35</sup> La Costituzione tunisina del 1959 accoglie esplicitamente il principio della separazione dei poteri nel Preambolo della Carta.

<sup>36</sup> Il riconoscimento del pluripartitismo è stato esplicitamente previsto nell'articolo 3 della Costituzione della Mauritania del 1961.

## CAPITOLO I

sulla figura di un califfo quale detentore del potere “terreno” assoluto, unico a cui riconoscere l’autorità nella guida della comunità.

All’elemento politico si affianca il rifiuto delle popolazioni locali di legittimare istituzioni contrarie alla realtà autoctona, basata su una logica di tipo comunitaria e quindi speculare all’ideologia liberale che riconosce l’individualismo, l’utilitarismo e la ricerca del benessere individuale quali principi fondamentali su cui indirizzare la propria azione.

È accolta così l’ideologia socialista, più “adattabile” al comunitarismo di tali ambienti, soprattutto in Iraq ed in Siria, dove sulla scia del “socialismo arabo” nasce il partito militare *baath*. Lo stesso arriva all’instaurazione di regimi militari dittatoriali<sup>37</sup> che impongono il controllo dello Stato nella vita del paese, riferendo ai principi socialisti quali guida per la trasformazione delle strutture sociali ed economiche, per mezzo dell’attribuzione al popolo della gestione “pianificata” delle risorse economiche.

Le Costituzioni consacrano la concentrazione dei poteri nelle mani del leader nazionale, sulla base delle formule tipiche della legalità socialista. Il partito diventa parte dello stesso Stato ed unitamente ad i suoi organi assume un ruolo rilevante nelle istituzioni, le quali sanciscono il riconoscimento e la tutela delle libertà individuali e collettive solo se finalizzate al conseguimento del nuovo ordine politico. Il socialismo diventa, altresì, l’emblema della tradizione spirituale dell’islam e come tale è accolto nelle Carte Costituzionali<sup>38</sup>.

Il “socialismo arabo” assume, infatti, connotati diversi rispetto a quello sovietico. La presenza del riferimento alla legittimità islamica quale forza legittimante l’uso del potere determina ancora una volta il fallimento dell’importazione del modello giuridico occidentale nel suo insieme. Il riferimento alla legge islamica diventa il

---

<sup>37</sup> La situazione non è cambiata in Siria dove il regime militare è ancora presente, mentre lo stesso è stato spodestato in Iraq a seguito dell’offensiva anglo-americana nel 2003. La Giordania, invece, dopo aver firmato nel 2000 gli accordi di pace con Israele è stata più volte coinvolta nella causa politica portata avanti dai palestinesi nella questione medio-orientale, con riguardo al rapporto tra gli ordinamenti a maggioranza islamica e lo Stato d’Israele.

<sup>38</sup> Con la Costituzione egiziana del 1971 si stabilisce, agli artt. 2, 9, 12, 19, la tutela dei valori islamici, all’art. 5 il fondamento monopartitico del sistema, agli artt. 1, 4, 23 la natura socialista del regime statale. La Costituzione della Libia del 1969 prevede la stessa conciliazione tra valori islamici e socialisti all’art. 6 e la Costituzione dell’Iran del 1979 accoglie i principi della religione islamica, perseguendo al contempo i valori socialisti nel campo economico, prevedendo l’attuazione della regola della pianificazione economica (art. 43). Infine, anche la Costituzione della Somalia proclama l’Islam religione di Stato (art. 3) riconoscendo nel frattempo i valori del socialismo.

modo per i leader per ottenere l'appoggio della popolazione, e la politica di Sadat è un caso esemplificativo. Il Presidente egiziano, infatti, per riconquistare il consenso nazionale si rivolge alle frange islamiste, assicurando alle stesse la rappresentanza nelle istituzioni pubbliche.

Il richiamo all'islam determina il blocco del processo in senso "costituzionale", avviando una fase di stagnazione che porta alla rivendicazione della forza della tradizione giuridica islamica, la quale soprattutto sul piano politico riesce ad evocare a sé l'attenzione delle cariche pubbliche e politiche, mobilitando l'intera comunità verso il ritorno al nucleo "vero e puro" dei valori musulmani<sup>39</sup>.

È quest'ultima fase che caratterizza il costituzionalismo ancora in vigore, in cui è ravvisabile una tensione verso i principi della tradizione islamica e che si traduce *in primis* in quelle legislazioni che mantengono situazioni di forte limitazione nei confronti dei singoli.

Sia il modello liberale che quello socialista di provenienza occidentale non sono stati capaci quindi di imprimere una vera svolta "secolare" nelle esperienze islamiche, tanto da caratterizzare la situazione odierna, ancora condizionata da uno stato di confusione istituzionale che si rispecchia nelle mobilitazioni politico-sociali che continuano ad agitare l'intera area.

## *2.2. I limiti e le criticità del costituzionalismo islamico. Il perché del fallimento del processo di transizione*

Sussistono alcuni elementi dei sistemi a maggioranza musulmana che non hanno permesso che gli ordinamenti giuridici di riferimento realizzassero una transizione costituzionale compiuta, così da sviluppare forme di potere autoritario che meritano di essere approfondite.

*In primis*, negli Stati musulmani è mancata una condizione necessaria per la Costituzione di uno Stato, ossia l'identità nazionale. La maggioranza di questi ordinamenti si sono costituiti quali mosaici di lingue ed etnie diverse, i cui confini sono stati tracciati per ragioni amministrative dai paesi che li hanno colonizzati. Ciò ha ostacolato la nascita di un unico spirito nazionale, legittimando negli anni il

---

<sup>39</sup> Cfr. M. CAMPANINI, *Il pensiero islamico contemporaneo*, Bologna, 2009

## CAPITOLO I

ricorso a misure repressive da parte degli organi politici, al fine di limitare l'avanzata di richieste di autodeterminazione da parte dei diversi gruppi nazionalistici.

Un secondo elemento rimanda alla forte frattura ideologica che ha caratterizzato tali popolazioni, fortemente divise tra la necessità di appoggiare la modernità o la tradizione, specialmente nelle aree più urbanizzate. La pluralità nelle linee di pensiero che si sono alternate hanno influenzato le Costituzioni adottate, impedendo la formazione di una coscienza interna capace di avviare un processo di transizione costituzionale in senso compiuto.

Durante il ventesimo secolo si sono fatte sentire dapprima le concezioni nazionalistiche, le quali, conducendo la lotta per l'indipendenza dai paesi coloniali, sono state utilizzate quale strumento politico per creare uno spirito nazionale capace di mobilitare tutta la popolazione intorno a determinati obiettivi anti-occidentali. A differenza, però, del nazionalismo europeo ed occidentale affermatosi come precondizione alla formazione dello Stato, negli ordinamenti islamici il nazionalismo si è sviluppato a-posteriori la nascita dello Stato. La nuova ideologia non ha rivendicato l'identità culturale, linguistica o etnica di un gruppo, ma è diventata il mezzo per riflettere culture passate legittimandole per mezzo della religione<sup>40</sup>.

Le concezioni nazionalistiche hanno ridimensionato solo in un primo momento il fondamento religioso, passando da una sovranità discendente da Dio ad una sovranità della nazione ed allo sviluppo di dottrine laiche, quali la liberal-democrazia ed il socialismo. Questo ultimo è divenuto l'ideologia guida per lo sviluppo economico-sociale, ma anche il percorso che i leader hanno individuato per far coincidere le necessità di sviluppo con le finalità religiose, entrambe auspicanti l'uguaglianza tra i singoli e l'unità della comunità.

La presenza di una burocrazia militare è un altro elemento distintivo rispetto alle esperienze giuridiche occidentali. Il mancato sviluppo di un processo politico equilibrato è sfociato in un'instabilità endemica che ha permesso l'affermazione del potere militare quale struttura istituzionale capace di dare fermezza ad un sistema decadente per la sua discontinuità.

A partire dagli anni settanta, tali posizioni sono entrate in crisi, e si è ritornati a rivendicare lo spirito religioso tradizionale. Il risultato è stato un effetto di forte

---

<sup>40</sup> Sul rapporto tra islam e nazionalismo, cfr. P. J. VATIKIOTIS, *Islam: Stati senza nazioni*, Milano, 1993, pagg. 109 e ss.

ibridazione delle Costituzioni, le quali hanno mescolato sia i tratti caratteristici del nazionalismo di ispirazione laica e sia principi di origine religiosa, rafforzando la tendenza del costituzionalismo alla sovranità duale, spettante sia alla nazione che al potere divino.

L'islam si è consacrato quale *din wa-daulah*, ossia religione (*din*) e Stato (*daulah*)<sup>41</sup>, e ciò ha avuto come conseguenza la sottoposizione dell'organizzazione della società ai precetti e ai doveri imposti dal Corano. Il credo islamico è diventato la fonte della legittimazione del potere politico, in una condizione in cui è mancato un processo di laicizzazione capace di convogliare verso una separazione tra potere religioso e potere politico, conducendo al rigetto di uno dei principi cardine del costituzionalismo liberale, vale a dire il principio di separazione tra Stato e religione<sup>42</sup>. Difatti, alla legge sacra è assegnato un rango di supremazia rispetto al dettato costituzionale, essendo contenuti in questa quei principi etico-giuridici che ogni Stato è chiamato a rispettare.

In pochi Stati a maggioranza musulmana che si dichiarano laici è riconosciuta la separazione tra Stato e religione, attribuendo al testo costituzionale una forza cogente superiore rispetto a tutti gli altri atti legislativi<sup>43</sup>.

È vero però che anche laddove il principio di laicità è stato accolto, lo stesso ha subito una declinazione divergente dal modello sviluppato in Occidente. La Turchia, ordinamento paradigmatico da questo punto di vista, ha imposto una laicità che non ha tradotto un'equidistanza dello Stato rispetto al fenomeno religioso, ma una regolamentazione dall'alto finalizzata all'estromissione di questo ultimo.

Ciò a dimostrazione di come la regolamentazione dell'islam necessiti di un intervento pubblico capace di separare in maniera decisiva la organizzazione dello Stato con le norme onnicomprensive sancite dal dogma religioso. Anche laddove la scelta secolare è perseguita, infatti, l'islam continua ad essere presente nel substrato

---

<sup>41</sup> Cfr. M. OLIVIERO, *Islam e democrazia*, in A. DI GIOVINE, S. SICARI, *Democrazie imperfette*, Torino, 2005

<sup>42</sup> Tale tesi è sostenuta con vigore da Parolin, secondo il quale il mancato completamento del processo di transizione in senso costituzionale dei paesi afferenti all'area islamica risiede nell'assenza del riconoscimento del principio di laicità. Cfr. G.P. PAROLIN, *Resistenze al costituzionalismo liberale in Medio Oriente: laicità dello Stato e minoranza cristiana in Giordania*, in R. ORRÙ, L. G. SCIANNELLA (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004

<sup>43</sup> Cfr. E. MIKUNDA-FRANCO, *Diritto costituzionale comune islamico. Un'indagine comparata sui testi costituzionali di alcuni Stati islamici*, in G. GOZZI, V. COLOMBO (a cura di), *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del mediterraneo*, Bologna, 2003

politico e sociale, condizione che rende lo Stato il soggetto responsabile a controllare questi fenomeni.

Come si vedrà, quindi, anche queste forme di costituzionalismo, che formalmente rientrano nella forma dello Stato costituzionale compiuto, presentano delle lacune che si riversano *in primis* nella tutela sostanziale dei diritti e delle libertà, e che evidenziano pertanto l'urgenza e la necessità di interventi di riforma.

### *3. La lettura "islamica" del costituzionalismo, le incompatibilità e le convergenze con il modello occidentale*

Le analisi fino a qui svolte permettono di concludere che quando si guarda al caso islamico ed al tentativo di transizione costituzionale qui avviato, ci si scontra con un sforzo fallimentare, tanto da inquadrare il fenomeno nell'ambito di un costituzionalismo incompiuto secondo il modello occidentale.

Ciò non esclude di poter analizzare, tuttavia, quelle tesi che hanno contribuito allo sviluppo di una dottrina costituzionale indigena e che sostengono che il fenomeno costituzionale non sia ascrivibile alla sola cultura occidentale, in quanto anche in tale contesto è rinvenibile l'esistenza di teorie "costituzionali", seppur secondo canoni divergenti rispetto al modello europeo.

I primi giuristi islamici non pensavano in termini di diritto positivo, per cui anche nel diritto pubblico e nell'organizzazione dello Stato, il modello da seguire era quello stabilito dal profeta, implementato poi dai suoi successori e canalizzato nelle regole stabilite dalla "Costituzione di Medina".

Questa forma di Stato "costituzionale" è stata indicata dal messaggero e con la stessa sono state definite le norme per la regolamentazione dello Stato islamico, quale forma di organizzazione basata sui pilastri della rivelazione divina. Secondo questa impostazione, il capo della comunità musulmana è il califfo, il successore del messaggero di Dio, il quale esercita il suo potere sulla comunità eletta da Dio, la *ummah*.

È sulla scorta della tesi dell'esistenza di un costituzionalismo islamico sviluppato nei primi secoli dell'islam che le dottrine contemporanee richiamano la necessità di ritornare all'applicazione del modello di Stato islamico classico anche negli attuali

sistemi. Si tratta, in ogni modo, di una constatazione che è una conseguenza del processo di transizione avviato in tali aree. Se l'adozione del sistema occidentale ha prodotto un suo rigetto in *strictu sensu*, questa fase ha contribuito ad avviare una "costituzionalizzazione" della *shari'a*, quale fenomeno su cui costruire le attuali teorie giuridiche.

I costituzionalisti dell'epoca ottomana hanno introdotto, infatti, i principi del modello costituzionale europeo, seppur senza abbandonare la specificità islamica, determinando la prima opera di positivizzazione del diritto. Così, l'adozione formale della Costituzione è avvenuta nel quadro islamico, giuridicamente atto del sultano, il quale secondo il modello classico ha il potere di adottare atti amministrativi al fine di gestire la comunità.

Le prime Carte, e con esse i principi del costituzionalismo, sono state accettate sulla base delle dottrine tradizionali e degli insegnamenti del profeta, come l'*hadith* per cui "*la comunità musulmana non può accordarsi su un errore*", tradizione su cui si è fondata la dottrina del consenso, una delle principali fonti del diritto islamico.

Esiste, quindi, un costituzionalismo dell'età classica ed un costituzionalismo contemporaneo di ispirazione islamica, le cui analisi permettono di evidenziare i principi su cui questo modello si è costruito e di valutare le possibilità di sviluppo e di convergenza con il modello occidentale.

### *3.1 La Costituzione di Medina e le prime teorie costituzionali islamiche*

La principale "fonte" del modello classico nell'islam è costituita dalla Costituzione di Medina, il modello di Stato costituito dal profeta nel 622 d.c. e successivamente implementato dai califfi allo stesso succeduti.

Si tratta di un modello di Stato che secondo le categorie giuridiche a noi disponibili deve essere classificato nella forma della teocrazia, ma che in realtà ha mostrato forme di flessibilità tali da ammettere la sua adattabilità ai contesti giuridici che sono succeduti, dal califfato agli imperi dell'età moderna.

## CAPITOLO I

Secondo la concezione tradizionale prevista a Medina, la *ummah*<sup>44</sup> deve essere governata da un califfo, *khalifa* o *Imam*, essendo il vice reggente di Dio ed il capo del potere temporale della comunità. Secondo tale modello, la carica di califfo può essere ricoperta da chiunque, in virtù del principio di giustizia e di eguaglianza che regna nella *ummah*, per cui ad ogni singolo spetta il potere di *khalifa*.

La nomina alla carica di califfo, quale rappresentante della *ummah* e quale rappresentante di Dio sulla terra, comporta che l'incarico sia svolto nell'interesse della prima, in quanto chiamato ad applicare i principi derivanti dalla legge rivelata dal secondo, non potendo così soddisfare in alcun modo i propri interessi personali. La nomina, denominata contratto di imanato, rappresenta il momento in cui la *ummah* conferisce il potere esecutivo al califfo come suo nuovo capo e leader.

Secondo il contratto di imanato, al califfo spetta il dovere di osservare e fare osservare la legge religiosa e di proteggere i beni e la vita dei musulmani<sup>45</sup>. Alla comunità musulmana spetta l'obbligo assoluto di obbedienza e di assistenza al califfo, salvo i casi di illegittimità dello stesso derivanti dall'emanazione di atti contrari alla legge sacra. Il Corano disciplina, infatti, le circostanze in cui il califfo può perdere il suo potere, che si presentano nei casi di mancanza di giustizia o di incapacità fisica, per cui è riconosciuta alla comunità il diritto di rimuovere il rappresentante del potere divino sulla terra qualora lo stesso agisca "ingiustamente".

La Costituzione di Medina stabilisce i requisiti necessari per l'acquisizione della carica di califfo. Tra questi, la capacità giuridica, la quale include a sua volta lo status di uomo-musulmano-libero, capace ed integro mentalmente e fisicamente.

È stato sulla scorta di questa originaria impostazione che nell'arco dei primi secoli la dottrina ha sviluppato le tre modalità attraverso cui la nomina può essere determinata. La prima è costituita dall'elezione o scelta (*by'a*) da parte di una *élite* della comunità, i rappresentanti della *ummah* che godono secondo la teoria classica

---

<sup>44</sup> La *ummah* islamica rappresenta la comunità dei credenti costituita dal profeta Maometto e che il Corano (*sura* 3:104-110) considera superiore a tutte le altre comunità. Sin dalla sua nascita essa ha riunito tutti i credenti nella fede islamica ed alcuni gruppi minoritari, quali le minoranze religiose "riconosciute", oggetto della tolleranza islamica. La *ummah* è così il soggetto della rivelazione islamica ed, al contempo, l'oggetto dei doveri in questa ultima contenuta. Cfr. G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, 2002, pag. 15 e ss.

<sup>45</sup> La legge islamica prevede l'obbligo per la *ummah* di proteggere i non musulmani che accettino la supremazia dello Stato islamico dietro versamento di una speciale tassa di capitolazione, la *jizya*, condizione che ha caratterizzato sin dalla sua origine il rapporto con i cd. *dhimmi*, ossia i protetti, gli appartenenti alla Gente del libro, tollerati secondo i principi stabiliti dal profeta proprio con la Costituzione di Medina.

del “*potere di sciogliere e legare*”. La seconda è la designazione diretta da parte del predecessore, mentre la terza fa riferimento all’occupazione del potere con la forza, legittimata dal principio secondo cui la tirannia è preferibile all’anarchia.

Una volta nominato al califfo, quale principe dei credenti o *amir al-mu’minin*, non è riconosciuto il potere legislativo ma un mero potere amministrativo, nel senso che lo stesso è chiamato ad applicare quanto già disposto dal legislatore divino. I suoi poteri possono essere delegati a ministri o ad emiri per il governo delle regioni e delle città, ed ai *qadi* per l’amministrazione della giustizia. Tuttavia, l’autorità di cui dispone non è illimitata, specialmente nella materia religiosa, nel cui novero non può creare alcuna regola innovativa, mancando lo stesso del potere “divino”.

I costituzionalisti classici contemporanei rivendicano spesso il ritorno a questo modello, inteso quale forma di Stato per eccellenza<sup>46</sup>. Il costituzionalismo, infatti, implica la limitazione del potere del capo di una comunità, responsabile nei confronti di questa ultima. Nel caso islamico, il profeta è limitato dalla Legge divina ed è responsabile davanti alla *ummah*, sulla base di quanto stabilito da Dio nella sua rivelazione. Allo stesso, devono succedere personalità dotate della stessa autorità politica seppur non del medesimo carisma religioso e la conferma del popolo per mezzo della *by’a* determina la legittimazione popolare dello stesso, seppur in assenza di un meccanismo di elezione diretta del governatore da parte del popolo.

Quanto stabilito dalla Costituzione di Medina, però, non va oltre. Si tratta di fatto di un modello che esprime le regole per l’individuazione della guida politica della comunità ma che nulla dice sulla organizzazione dei poteri, lasciando aperta, di conseguenza, la possibilità anche a forme autoritarie ed autocratiche di esercizio del potere.

Nonostante ciò, la teoria sul califfato tradizionale non è mai stata modificata ed a questa richiamano i moderni fautori dell’islam puro che rivendicano il ritorno al modello costituzionale originario, e che rispecchia lo spirito della *shari’a* contro i modelli costituzionali imposti dall’Occidente.

Questo richiamo si è indebolito lungo il corso dell’ultimo secolo, a partire dagli anni venti, a causa dell’intensificazione della presenza europea sul territorio, quando il modello stabilito nella Costituzione di Medina è stato superato. Questo stadio, come

---

<sup>46</sup> Cfr. A. MAUDUDI, *The Islamic Law and Constitution*, Lahore, 1967

visto, ha rappresentato la seconda fase storica del costituzionalismo qui importato, ed è stata caratterizzata dall'imposizione di modelli europei e dalla nascita dei primi nazionalismi locali, che hanno ridotto il ricorso alla Costituzione di Medina quale fonte legittimante dell'organizzazione pubblica.

Ma come detto le rivendicazioni recenti, richiamate dai giuristi più conservatori, hanno permesso che questo modello di Stato tornasse alla ribalta, tanto da essere oggi invocato da diverse correnti e sostenitori del diritto islamico tradizionale.

### 3.1.1 *Le teorie classiche sull'origine del costituzionalismo islamico*

Nell'ambito delle teorie classiche dell'islam giuridico, lo sviluppo di un pensiero costituzionale risale alle scuole degli *ash'ariti* e dei *mu'taziliti*, entrambe presenti durante il periodo abbaside (750- 1258). Per mezzo dei loro insegnamenti, queste hanno evidenziato l'esistenza di un dibattito sui principi del costituzionalismo in tempi molto più antichi rispetto allo sviluppo delle dottrine evolutesi nel contesto occidentale soltanto negli ultimi secoli.

La prima rappresenta la visione più tradizionalista e conservatrice sull'organizzazione dei poteri, secondo la quale Dio è il monarca assoluto, il cui volere non può essere limitato in alcun modo. Dio, in quanto essere onnipotente, non può essere sottoposto ad alcun vincolo, tantomeno di natura giuridica. Per cui anche il califfo, rappresentante di Dio sulla terra, è sottoposto a tale regola, e quindi alla forza della legge divina, la *shari'a*.

Bahlul<sup>47</sup> definisce tale concezione in termini di "positivismo teistico". Come nel caso del diritto positivo, l'obbligatorietà delle norme discende dalla fonte che le emana, rappresentata dall'autorità politica legittimata, che per il diritto musulmano è costituita dall'autorità divina. Le leggi da questa emanate sono vincolanti per tutti e, pertanto, non possono essere violate. Si giunge, in tal modo, ad un costituzionalismo "letterale", che discende dal rispetto della lettera della scrittura.

I *mu'taziliti* hanno presentato, dal loro canto, la visione più razionale, progressista e liberale. Secondo la loro dottrina, l'obbligatorietà delle leggi non ha fondamento nel soggetto che le pone in essere, ma nella semplice constatazione che dalla rivelazione

---

<sup>47</sup>Cfr. R. BAHLUL, *op. cit.*

divina, un comportamento assume la specificazione di giusto od ingiusto. Spetta all'individuo, nella libertà a questo concessa da Dio, scegliere quale intraprendere. Lo Stato non è il regno di Dio sulla terra ed allo stesso Corano non si riconosce una lettura unicamente divina, per cui al califfo si attribuiscono poteri più ampi nella competenza amministrativa, aprendo, in tal modo, la strada al riconoscimento di un potere più autonomo rispetto alla sola disposizione divina.

La legittimità dell'autocrazia è ricondotta, così, alla necessità dell'esistenza di un sovrano assoluto capace di guidare un popolo, che da solo non avrebbe i mezzi per governarsi da sé.

Tali due dottrine evidenziano come già nei primi secoli dell'islam vi sia stato un dibattito "costituzionale" avente per oggetto, secondo gli *ash'ariti*, la necessità di limitare l'esecutivo, personificato dal sovrano, attraverso il ricorso all'atto legislativo ossia la legge sacra, e secondo i *mu'taziliti* di limitare il legislativo e le possibili derive di questo attribuendo maggior potere all'esecutivo, il califfo, il cui operato è sindacato da un organo di controllo sulla legittimità delle leggi promulgate, tanto da divenire i precursori del controllo di costituzionalità delle leggi e della formazione del potere giurisdizionale.

In entrambe le tesi pertanto, nonostante le differenze nelle due visioni, è presente il senso del "governo della legge" o nel senso contemporaneo del *rule of law*, un governo, cioè, che secondo l'impostazione islamica deve seguire quanto stabilito dalla *shari'a*. Per i primi questo è inteso in senso conservatore, mentre per i secondi in senso illuminato, ma in tutti i modi, entrambe rispecchiano, secondo i giuristi tradizionalisti, i dibattiti che animano la dottrina occidentale e che come tale non devono essere considerati monopolio di quest'ultima.

Questo breve riferimento alle principali scuole del pensiero costituzionale classico è molto importante in questa sede perché permette, soprattutto nella fase dedicata all'approfondimento della questione dei diritti nell'islam, di individuare un approccio moderno all'analisi del sistema giuridico islamico, avallando quelle tesi secondo cui la lettura etnocentrica del sistema giuridico islamico non deve essere considerata

necessariamente in antitesi con quella occidentale, nonostante gli avvicendamenti storici e politici succedutisi nel tempo che li hanno, in sostanza, distanziati<sup>48</sup>.

### *3.2 Il costituzionalismo dell'età classica e la sua applicazione attuale*

Come visto, nell'ambito del costituzionalismo islamico è possibile rinvenire delle teorie che hanno sostenuto l'esistenza di un dibattito pubblico già nei primi secoli dell'islam. Al contempo, anche nel contesto attuale si possono individuare giuristi che sostengono come il costituzionalismo non debba essere considerato un prodotto unicamente occidentale, potendo sostenere una declinazione islamica dello stesso, conseguente dallo sviluppo delle originarie tesi promosse dai primi giuristi della *ummah* islamica.

Tra questi, il contributo del già citato Bahlul<sup>49</sup>, secondo il quale il costituzionalismo islamico esiste e la sua origine rimanda all'età dell'oro islamica, quando sono state definite le regole per la sua realizzazione, per cui l'idea di una sua incompiutezza rispetto al modello occidentale deve essere rigettata.

Il costituzionalismo islamico rappresenta, secondo questa accezione, un fenomeno giuridico che si è sviluppato nell'ambiente musulmano in epoche molto precedenti rispetto all'Occidente e che, per poterlo intendere, necessita di uno sforzo intento a staccarsi dai classici dettami imposti dalla teoria occidentale.

Di seguito, quindi, la disamina della teoria costituzionale islamica che, partendo dai propri fondamenti, è arrivata a stabilire dei principi costituzionali validi per le teorie contemporanee, tra cui la tutela dei diritti ed il controllo dei poteri, permettendo l'applicazione della stessa ai contesti odierni, tanto da congiungersi con i dettami del modello occidentale.

Così, mentre il costituzionalismo occidentale trova espressione nei principi sanciti con le dichiarazioni del diciottesimo secolo, tra cui l'articolo 16 della *Dichiarazione dell'uomo e del cittadino*, che statuisce quali principi cardine del costituzionalismo la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri, il modello islamico, ha fondamenti teistici, in quanto riferisce solo ed esclusivamente alla legge divina. Da ciò ne

---

<sup>48</sup> Cfr. G. CARACCIOLLO DI BRIENZA, *Diritti umani ed Islam. Tra universalismo ed etnocentrismo*, Torino, 2006

<sup>49</sup> Cfr. R. BAHLUL, *op. cit.*

conseguenze che né il sistema di governo, né il costituzionalismo sono considerati conseguenza del modello occidentale, ma al contrario possono essere compresi alla luce delle convinzioni islamiche.

In questo contesto, all'uomo compete il solo dovere dell'obbedienza, in quanto ad esso spetta l'obbligo di realizzare la sua missione sottomettendosi alle norme divine, perché fedele al principio del *tawhid*, l'unità di Dio<sup>50</sup>.

A ciò si ricollega la nozione di *ummah*, la comunità dei credenti, la quale è da intendere anche come la comunità politica su cui imporre il potere divino e quindi il potere costituzionale supremo. Secondo questa ultima impostazione, il termine *ummah* va a coincidere con la nozione di "Stato" occidentale, nonostante la differenza che esiste nelle teorie circa l'organizzazione della sfera pubblica. Il legislatore supremo nella *ummah* è *Allah*, l'unico a cui riconoscere la sovranità assoluta, e le autorità pubbliche hanno l'obbligo di sottomettersi alla sua legge.

Queste ultime autorità si strutturano però nell'esercizio delle tre funzioni principali riconosciute oggi dal costituzionalismo occidentale, ossia quella giudiziaria, diretta a restituire la giustizia divina quando questa è violata; la funzione amministrativa, finalizzata ad implementare la *shari'a* e che in termini occidentali equivale alla funzione legislativa; e la funzione esecutiva, che ha lo scopo di collaborare con le altre due funzioni e guidare gli individui nell'osservazione dei loro obblighi.

Queste funzioni devono essere esercitate tenendo presente il principio di supremazia della legge, per cui ogni decisione deve essere assunta in accordo con la *shari'a*, la quale è al di sopra del governatore e dei governati stessi, secondo l'applicazione dell'appena citato principio del *tawhid*. In base a questo principio, difatti, possono essere spiegati l'organizzazione dei poteri ma anche l'insieme dei diritti e dei doveri previsti per i singoli, rimandando all'applicazione del principio della giustizia.

La giustizia è un corollario della previsione della *ummah*, quale comunità in cui tutti gli individui sono uguali e legati da un rapporto di fratellanza. Da ciò se ne deduce

---

<sup>50</sup> Il principio del *tawhid* è di fondamentale importanza non solo per analizzare la natura del costituzionalismo islamico, ma per comprendere l'intero sistema giuridico, sociale e culturale a cui l'islam fa riferimento. Dio è contemporaneamente il creatore, la guida, il legislatore, il fine ultimo, per cui ad ogni fedele spetta l'obbligo di rispettare gli obblighi discendenti dalla volontà divina. Chi accetta l'islam accetta che le leggi che regolano la *ummah*, raccolte nella *shari'a*. La conseguenza è che nessun atto terreno, può essere legittimo se contrario alla *shari'a*, né il detentore di quel potere terreno, l'amministratore della comunità, può essere considerato legittimo se i suoi atti non sono in armonia con la legge di Dio. Cfr. K.M. ISHAQ, *Islam and Law in the Twenty- First Century*, in *Islamic & Comparative Law Quarterly*, vol. 5 n. 3-4, 1985, pagg. 173-225

## CAPITOLO I

l'impossibilità di avere un soggetto che esercita un potere superiore su un altro, quale forma di perseguimento dei propri interessi. Come visto, anche i governanti devono sottostare al principio della giustizia, tantoché l'eventuale violazione dei principi della legge sacra, ammette i governati a disobbedire al governante stesso.

Elemento caratterizzante il modello islamico e conseguenza dell'applicazione del principio di giustizia è, così, la previsione di una Carta dei diritti estensiva e comprensiva di tutte le situazioni che possono riguardare l'individuo. All'autorità pubblica spetta il dovere di rispettare i diritti e di sviluppare le modalità per garantire il perseguimento degli stessi. Pertanto, i diritti sono derivazione della volontà divina, e come tale rientrano tra i compiti che un buon governante deve osservare.

Il riconoscimento della sola autorità legislativa nella volontà divina comporta, al contempo, come principale conseguenza la non attribuzione di alcun potere legislativo ad un corpo composto da individui eletti quali rappresentanti della maggioranza della popolazione la cui opera si traduce nella realizzazione delle prerogative di quella stessa maggioranza.

Secondo gli autori islamici contemporanei, infatti, il metodo democratico non è uno strumento in grado di rappresentare i singoli, perché i principi che da questo ne discendono sono frutto della volontà dei rappresentanti stessi, che nella maggior parte dei casi hanno il solo interesse di perseguire i propri bisogni o quelli del gruppo che rappresentano.

Al contrario, il principio cardine che regola l'assunzione delle decisioni è la *shura* o consultazione. Spesso questo principio è considerato al pari del principio democratico che regge gli attuali Stati occidentali, ma diverso è il fondamento. Anche qui si ritrova l'applicazione del principio del *tawhid*, per cui la *shura* deve essere concepita come l'attività di indagine che la comunità deve effettuare per garantire l'applicazione della volontà divina. Essa è un processo attraverso cui pervenire al consenso all'interno della comunità al fine di assumere una determinata decisione.

Se la *shura* guida quella che è la funzione esecutiva, in attuazione di quella legislativa "divina", il costituzionalismo individua anche una funzione giudiziaria. Oltre all'obbligo di amministrare, il Corano stabilisce quello di rendere giustizia, compito che spetta ai giudici che operano al fine di garantire l'osservanza della legge

islamica. I giudici pertanto devono perseguire la rimozione dell'ingiustizia dalla società umana, nell'intento di individuare tutti gli strumenti atti a garantire l'uguaglianza tra gli individui. Nello specifico, la giustizia deve garantire la rimozione delle situazioni di svantaggio, come per esempio la differenza di status economico, tra i soggetti, al fine di realizzare il principio della giustizia per come previsto nel Corano<sup>51</sup>.

Da qui la previsione di un principio di separazione dei poteri, in cui il legislativo "divino" controlla l'esecutivo umano, predisponendo anche degli organi giudiziari al fine di sanzionare il secondo in caso di violazione di quanto stabilito dal primo.

A parere dei giuristi islamici contemporanei, in questa impostazione è possibile rinvenire l'esistenza di quei due principi che il modello occidentale considera di propria derivazione, quale la tutela dei diritti da un lato e la separazione dei poteri dall'altro. La differenza consta, dunque, nella diversa fonte di legittimazione, che è divina per i primi, e di derivazione secolare per i secondi.

### *3.3 La teoria islamica messa alla prova. I limiti e le criticità di un modello incompleto*

Sono stati analizzati fino ad adesso la fonte "positiva" classica del diritto costituzionale islamico e le principali teorie a sostegno della tesi dell'esistenza di un costituzionalismo islamico. In questo paragrafo si cercherà di mettere alla "prova" questa tesi, al fine di valutare fino a che punto le teorie islamiche tradizionali possano avallare una teoria sul costituzionalismo, tanto da essere considerate "compatibili" con il modello costituzionale contemporaneo.

I primi giuristi islamici non pensavano alla *shari'a* in termini di legge positiva, così come non distinguevano i diversi ambiti del diritto, tra i quali quelli relativi alla materia del diritto pubblico e costituzionale. Nonostante ciò, come visto, vi sono tesi attuali che sostengono che proprio in quelle teorie della prima comunità islamica è possibile rinvenire i principi che caratterizzano il costituzionalismo contemporaneo. Da ciò se ne deduce la necessità di valutare alcuni principi della teoria dello Stato e della Costituzione islamica, facendo riferimento ai concetti del costituzionalismo

---

<sup>51</sup> Cfr. K. M. ISHAQ, *State and Constitution in Islam*, in *Islamic & Comparative Law Quarterly*, vol. 4, n. 1-2, 1984, pagg. 1-13

## CAPITOLO I

contemporaneo di matrice occidentale, al fine di “testare” la effettività delle loro posizioni.

Si comincia con la Costituzione di Medina. Questa, per come analizzata, assume sicuramente il rango di fonte nel senso contemporaneo del termine, in quanto ha stabilito i principi su cui il costituzionalismo islamico originario doveva basarsi. Ovvio, però, che non si può parlare del ruolo svolto dal profeta in termini di padre costituente contemporaneo; come detto, ciò presumerebbe la presenza di forme di limitazione del potere del tutto inesistenti e la sua responsabilità “politica” nei confronti della comunità.

Un’importante questione rileva nella natura del potere esercitato dal profeta e dai suoi successori. Essendo l’unico interprete della volontà divina, lo stesso ha concentrato su di sé il controllo dell’esercizio del potere esecutivo, legislativo e giudiziario, in assenza di una effettiva separazione dei poteri che è sfociato nell’esercizio di un potere autoritario, avallando la formazione di governi dispotici che esercitano il potere senza alcuna limitazione<sup>52</sup>.

La Costituzione di Medina regola le modalità di selezione del califfo, ma questa scelta non contempla l’uso di meccanismi che prevedono il supporto della *sola* comunità, in quanto lo stesso è in ogni caso “benedetto” dall’autorità divina sulla terra. La mancanza di una legittimazione popolare *tout court* del califfo comporta una deresponsabilizzazione dello stesso, il quale una volta designato può esercitare il potere sulla base della legittimazione religiosa.

Tale prima connotazione del potere rende difficile la conciliazione tra un vero costituzionalismo e la *shari’a*. La mancata limitazione del potere è una delle prime cause per connotare come “incostituzionale” un sistema di governo, in cui rientra quello sviluppatosi nell’area a maggioranza islamica.

Come visto, i giuristi contemporanei musulmani considerano anche altri principi del costituzionalismo islamico quale fonti per una teoria costituzionalista in senso stretto. Tra questi, vi è quello della partecipazione popolare al governo della comunità per mezzo della *shura* o consultazione.

---

<sup>52</sup> Il richiamo al potere “legislativo” del califfo individua una funzione costituzionale, che non deve essere confusa con la funzione legislativa “per eccellenza” spettante solo a Dio. Cfr. A.A. AN-NA’IM, *Towards an Islamic reformation. Civil liberties, human rights and international law*, New York, 1996, pag. 78; N.J. COULSON, *History of Islamic law*, Edinburg, 1964, pag. 11

Secondo la *shura*, il califfo deve consultarsi con la propria comunità nelle materie che riguardano gli affari dello Stato, al fine di pervenire alla determinazione di una decisione condivisa. Nonostante, però, l'importanza apparentemente "democratica" di questo principio, la differenza rimane nella regolamentazione dello stesso, essendo che la tradizione classica non ha imposto alcun vincolo in capo al califfo circa le determinazioni dell'attività di consultazione. Il verso 42:38 del Corano descrive la *ummah* quale una comunità in cui i credenti decidono consultandosi tra loro, ma non stabilisce le modalità attraverso cui la decisione deve essere assunta. Il Corano non predispone, per esempio, il criterio della maggioranza relativa o assoluta quale regola per adottare delle decisioni, così come non impone alcun obbligo per il califfo di seguire la decisione assunta dalla comunità stessa. Il verso 3:159 stabilisce il dovere del profeta di consultarsi con i credenti per questioni attinenti la materia dello Stato, ma una volta fatto ciò, non prescrive l'obbligo di adeguarsi all'esito della consultazione, in quanto lo stesso ha l'autorità di decidere diversamente, seppur compatibilmente con gli insegnamenti divini.

Il principale obbligo del califfo è, quindi, verso Dio e non verso la comunità, il che ha fatto della consultazione un obbligo giuridico, ma non un dovere morale verso la *ummah*, legittimando così la possibilità di disattendere l'orientamento della stessa, ed avallando ancora una volta un esercizio autoritario del potere.

Molti giuristi contemporanei nel tentativo di costruire una teoria costituzionale moderna islamica hanno distorto il vero significato della consultazione nell'islam, rifacendosi a quei versi che prescrivono che "la comunità può solo comandare il bene e proibire il male" (3:110-112), versi che, tuttavia, non possono essere considerati fonti giuridiche dirette alla assunzione di decisioni sul piano governativo e che, come tali, fanno venir meno il requisito della democraticità del modello basato sulla partecipazione del popolo.

Alla *shura* si assommano altri principi che delineano le caratteristiche di quello che qui definiamo il costituzionalismo islamico. Tra questi, la concezione di "sovranità", condizione riconosciuta dalla tradizione giuridica unicamente a Dio.

L'uomo non è sovrano, ma allo stesso spetta un mero potere "attuativo" di quanto disposto dal legislatore divino. La sovranità attiene ad un concetto giuridico che

## CAPITOLO I

indica la più alta autorità, il potere supremo che governa i cittadini al di sopra del quale non vi è nessuna altra forma di potere<sup>53</sup>.

Se secondo la teoria costituzionale occidentale la sovranità appartiene al popolo, per cui ogni singolo può partecipare al processo decisionale direttamente o per mezzo dei suoi rappresentanti, nel caso islamico il concetto di sovranità divina non attribuisce alcuna possibilità di decisione per conto del popolo. Per cui, il califfo quale luogotenente di Dio, può decidere per suo conto, senza responsabilità nei confronti della *ummah*, essendo lo stesso responsabile solo davanti a Dio.

Peculiare rilevanza potrebbero assumere le regole per la scelta del *khalifa*, ma come visto non sono previsti meccanismi di elezione diretta né il concetto di responsabilità “politica” nei confronti della *ummah*, questione che limita ancora la possibilità di applicare una teoria costituzionale, secondo la lettura occidentale.

Ulteriore questione da considerare è quella attinente la materia della cittadinanza. Il sistema islamico riconosce il diritto alla partecipazione sulla base dell'appartenenza religiosa e non dell'appartenenza ad una data comunità stanziata su un territorio che costituisce il pari del concetto moderno di Stato-Nazione.

Tale connotazione comporta *in primis* l'esclusione dei non credenti, i non musulmani, dalla partecipazione politica alla vita della comunità. La *ummah*, infatti, ha una base identificativa di natura religiosa e non territoriale, per cui corollario è la mancata tutela e riconoscimento dei diritti di coloro che della *ummah* non fanno parte.

Il rapporto con le minoranze non musulmane resta, così, uno dei limiti al riconoscimento di un costituzionalismo islamico nel senso moderno del termine<sup>54</sup>.

Le medesime conclusioni possono essere tratte per la posizione ricoperta dalla donna, alla quale è dedicata una intera parte di questo studio. Tale discriminazione è basata sul verso coranico 4:34 secondo il quale gli uomini sono i guardiani e tutori

---

<sup>53</sup> Cfr. F.W. COKER, *Sovereignty*, in R. EDWIN, A. SELIGNAM, *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, 1930

<sup>54</sup> An-‘Naim sostiene come la questione dei non musulmani sotto il regime della *shari'a* costituisca un vincolo al riconoscimento di un pieno costituzionalismo nel senso contemporaneo del termine. I limitati diritti riconosciuti, le conseguenze dell'apostasia, e la violazione del principio costituzionale di uguaglianza di tutti i cittadini rappresentano i principali limiti per riconoscere il modello islamico come appartenente all'alveo dei modelli costituzionali contemporanei. Cfr. A.A. AN-NA'IM, *Towards an Islamic reformation. Civil liberties, human rights and international law*, cit., pagg. 69-100

(*qawamun*) delle donne, per cui le stesse sono poste su un gradino più basso rispetto alla controparte maschile<sup>55</sup>.

I musulmani-uomini sono, dunque, gli unici soggetti a godere della cittadinanza piena. Il valore di una donna o di un *dhimmi*, ossia l'appartenente ad una minoranza religiosa riconosciuta come il cristiano o l'ebreo, non è considerato al pari di un uomo-musulmano, per cui le discriminazioni previste nella *shari'a* basate sul sesso e sull'appartenenza religiosa rendono questo modello ancora una volta incostituzionale.

Si ha a che fare, quindi, con concetti della teoria classica del costituzionalismo islamico che non appaiono compatibili con una moderna concezione di costituzionalismo e che necessitano di essere riformati al fine di ammettere una futura convergenza tra le teorie del costituzionalismo contemporaneo "occidentale" e l'islam.

Per poter parlare di costituzionalismo islamico, secondo alcuni esponenti contemporanei, è necessaria una nuova interpretazione dell'islam, che riparta da quelle fonti che hanno al loro interno i principi di uguaglianza così come di partecipazione, validi per una teoria contemporanea, tali da accogliere il riconoscimento della limitazione del potere, la partecipazione della comunità "sovrana" e l'uguaglianza di tutti i suoi cittadini, sia di coloro che appartengono alla maggioranza che di coloro che compongono gruppi minoritari.

Ciò necessita la comprensione di come l'attuale legge islamica sia il frutto di interpretazioni storicamente datate, che hanno subito le influenze del loro tempo e che sono state ad un certo punto bloccate, senza possibilità di nuovi adattamenti.

In questo punto di vista rientrano le tesi di importanti autori come an-Naim<sup>56</sup> e Taha<sup>57</sup>, secondo i quali le fonti islamiche accolgono sia l'idea di diritti individuali che di giustizia sociale, principi attraverso cui ammettere una teoria della limitazione del potere così come di tutela dei diritti e della dignità dell'individuo. Ciò implica

---

<sup>55</sup> Nel caso del rapporto tra donna e costituzionalismo, la dottrina tradizionale ha evidenziato come la inibizione alla partecipazione politica delle donne sia il frutto di una specifica interpretazione dei testi del Corano, laddove si stabilisce la superiorità dell'uomo sulla donna. Da ciò si evince la esclusione dell'emisfero femminile dal ruolo politico e più specificatamente dal ruolo di guida della comunità, non potendo quest'ultima governare su chi le è posto su un gradino superiore.

<sup>56</sup> Cfr. A.A. AN- NA'IM, *Towards an Islamic reformation. Civil liberties, human rights and international law*, cit., pagg. 69-100

<sup>57</sup> Cfr. M. M. TAHA., *Shari'a e Sunna: la seconda missione dell'islam*, in A. PACINI (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995

## CAPITOLO I

una nuova concezione del diritto costituzionale islamico, che abbandona la Costituzione di Medina e si rifà all'islam della Mecca, in quanto considerato puro, perché provvisto dei principi di eguaglianza, tra cui anche quelli della parità tra i sessi e tra gli individui indipendentemente dall'appartenenza religiosa.

È necessario, quindi, il superamento della classica lettura della legge islamica, e l'adattamento della stessa alle esigenze giuridiche delle comunità odierne, quale condizione basilare per ammettere realmente una teoria costituzionale secondo la lettura musulmana.

Diversa è invece la conclusione al quale arriva Said Amir Arjomand<sup>58</sup>, giurista che sostiene come nel discutere di costituzionalismo islamico la questione da considerare non riguarda il rapporto tra costituzionalismo e *shari'a*, quanto la natura che il diritto pubblico e costituzionale ha assunto fin dai primi califfati ed imperi successivi al profeta, tra i quali anche le recenti dominazioni, come l'Impero Ottomano, l'Impero Sasanide in Iran e quello Moghul in India.

Secondo l'autore, queste aree non sono state interessate da un dibattito costituzionale simile a quello sviluppato in Occidente, motivo per cui non è possibile parlare di costituzionalismo islamico adottando i principi del costituzionalismo occidentale. Questa semplice giustapposizione non è pensabile in quanto nella storia degli ordinamenti islamici di stampo monarchico, si sono sviluppati principi propri, strettamente connessi al fondamento religioso, ma non riconducibili ai principi della tutela dei diritti e della separazione dei poteri, che attengono esclusivamente al costituzionalismo occidentale.

La questione è, quindi, legata alla natura del diritto pubblico nelle aree giuridiche dell'area islamica prima dell'avvento del costituzionalismo in senso contemporaneo. Il ruolo dell'esecutivo, per esempio, non è stato tanto quello di provvedere ad attuare la legge sacra, quanto quello di mantenere l'ordine e la giustizia tra i musulmani ed i non musulmani. Allo stesso modo, la *ummah* non è mai stata una comunità politica in senso occidentale, in quanto sempre identificata sulla base dell'appartenenza religiosa.

In questo senso, l'organizzazione pubblica è discesa dalla legittimazione religiosa ed al contempo da quelle norme, il *qanun*, necessarie per mantenere l'ordine e la pace in

---

<sup>58</sup> Cfr. S.A ARJOMAND, *op. cit.*, pagg. 331-333

seno alla comunità stessa. Già dal periodo medievale, l'islam ha riconosciuto, cioè, una dualità tra il potere temporale e quello religioso, seppur alla *shari'a* sia stato assegnato il rango di norma sovra-statale. Così, nel corso delle prime forme di organizzazione pubblica, è stato riconosciuto dai giuristi islamici la separazione tra i due ordini di potere, per cui il *qanun* è rimasto il frutto del potere "legislativo" di origine umana, secondo un dualismo che è pervenuto fino a noi<sup>59</sup>.

Questo pluralismo giuridico ha sempre caratterizzato gli ordinamenti islamici, tanto da dar vita a conflitti tra gli eterogenei principi che li hanno costituiti. I conflitti tra la sfera del diritto pubblico e quella del diritto religioso sarebbero sempre esistiti, fino a caratterizzare la scena giuridica contemporanea.

Non è, di conseguenza, sulla riforma della *shari'a* e nell'individuazione dei principi del costituzionalismo occidentale nelle fonti islamiche che la dicotomia tra il modello costituzionale europeo e quello dell'area islamica può essere superato, ma analizzando le modalità attraverso cui questo secondo modello si è organizzato, da leggersi necessariamente nella legittimazione diretta del potere effettuata dal riferimento alla legge di Dio.

### *3.3.1 La dualità del sistema costituzionale islamico. Potere divino e sovranità popolare*

Si è chiuso il paragrafo precedente richiamando la questione della "dualità" del costituzionalismo islamico quale una delle principali criticità dell'attuale sistema giuridico degli ordinamenti a maggioranza musulmana, nei quali il contestuale riferimento alla legittimazione divina ed alla sovranità popolare effettuata nelle Carte Costituzionali è fonte di confusione giuridica, da un lato, e di stagnazione del sistema, dall'altro.

Tale dualità ha origine con la formazione della prima comunità musulmana, il che mette in evidenza come si tratti di un problema mai risolto e relativo al rapporto tra il potere divino e quello temporale. Fin dalla morte del profeta, infatti, le teorizzazioni sulla natura dello Stato islamico hanno riguardato la sola modalità di scelta del

---

<sup>59</sup> Esempio è la Costituzione del Marocco del 1992, che pone un particolare accento sul ruolo del Monarca quale Capo dello Stato, quale garante del potere temporale, ed al contempo come capo dei fedeli, secondo l'ordinamento religioso protetto dalla *shari'a*.

## CAPITOLO I

successore, mentre la comunità si è trovata a disciplinare da sé l'organizzazione dei poteri e quanto concerneva la forma del governo.

Come precedentemente analizzato, questa doppia anima ha origine nella dottrina “costituzionale” islamica, la quale, come visto, si è preoccupata di stabilire le regole per la selezione del califfo, ma non le regole per l'organizzazione della comunità, vuoto che è stato colmato dal conferimento al califfo della facoltà di ricorrere all'*ijtihad*, l'arte dell'interpretazione, nell'esercizio del suo potere esecutivo. Lo stesso si è tradotto in una discrezionalità legislativa vasta, stante l'ampia competenza ad assumere decisioni in tutte quelle materie non direttamente disciplinate dal comando divino, seppur in conformità allo stesso.

Per cui, tutti i sistemi giuridici che si sono sviluppati dalla morte del profeta sono stati per così dire “improvvisati” seppur sempre nell'alveo della lettera della legge sacra, unendo sia le disposizioni sacre con le tradizioni e le norme di origine consuetudinaria proprie delle comunità in cui l'islam si era diffuso. Ciò chiarisce il perché nel contesto islamico il concetto di organizzazione dei poteri pubblici non possa essere inteso se scisso dalla religione, poiché è così che storicamente si sono formate le prime forme di organizzazione pubbliche<sup>60</sup>. Ed è anche questa la ragione per cui nel corso della storia delle istituzioni islamiche, diverse sono state le forme in cui lo stesso potere politico è stato determinato, dal califfato, alla monarchia, all'impero fino ad arrivare alle odierne forme di Stato nazionale, a dimostrazione della duttilità del sistema islamico. Così, il detentore del potere pubblico ha potuto legiferare, sempre a condizione che le norme adottate fossero compatibili con la *shari'a*, ammettendo un potere legislativo “positivo”, diverso da quello derivante dall'autorità divina, attuato secondo i principi della comunità politica musulmana, la *siyasa shar'iyya*, il governo secondo la legge di Dio.

Secondo questo modello, la “legislazione” umana è sempre stata valutata in base al livello di accordo con la legge naturale discendente dalla volontà divina, ed al contempo in base alla sua capacità di rispondere alle esigenze sociali, il che ha ammesso la possibilità che la legge stessa potesse apportare delle riforme a seconda delle circostanze che si sono attualizzate.

---

<sup>60</sup> Cfr. N.N. AYUBI, *Islamic State*, in J.L.ESPOSITO, *The Oxford Encyclopedia of the Muslim Islamic World*, vol. 2,1995, pagg. 318-325

Si tratta, d'accordo con Doi<sup>61</sup>, di un sistema che ha delineato le forme della gestione del potere politico secondo quanto stabilito nella dottrina islamica, seppur nella realtà abbia trovato diverse forme di attuazione. Già dai primi califfati, l'esercizio del potere pubblico è andato verso la gestione diretta delle cose appartenenti al regno, seppur riferendo alla normativa islamica.

La stessa concezione della *siyasa shar'iyya* classica conferma come la *shari'a* rappresenti solo una parte del sistema giuridico islamico, che si compone anche di norme di origine umana, determinate secondo le tecniche sviluppate dalla giurisprudenza islamica o *fiqh*, e che ammettono un intervento umano, e quindi secolare, nell'organizzazione della sfera pubblica<sup>62</sup>.

È nell'ottica di questa discrezionalità riconosciuta al potere pubblico, quindi, che sono state adottate le principali riforme della storia islamica, fino ad ammettere nell'ultimo secolo l'adozione delle forme giuridiche "costituzionali" proprie degli ordinamenti occidentali.

Si parla, così, di "dualità" del sistema costituzionale e giuridico islamico, inteso nella doppia fonte per la legittimazione dello stesso, che è sia secolare che religiosa<sup>63</sup>. Ciò significa che anche laddove è stato accolto il principio costituzionale, alla sovranità popolare non è stata trasferita la supremazia della legge divina, ma solo quel potere temporale esercitato nei primi imperi dal monarca, mantenendo un pluralismo/dualismo giuridico quale fenomeno identificante l'area, in cui la perenne tensione tra diritto pubblico/costituzionale e la *shari'a* non ha trovato soluzione, nemmeno in quegli ordinamenti in cui è stata avviata una fase di transizione verso il modello di Stato laico, come nel caso della Turchia.

---

<sup>61</sup> Cfr. A.R. DOI, *Shari'ah. The Islamic law*, London, 1984, pag. 467

<sup>62</sup> L'esercizio dell'attività discrezionale non è però illimitata, in quanto il detentore del potere non è chiamato a stabilire tutto l'insieme delle obbligazioni cui i musulmani sono tenuti, ma solo quei vincoli che discendono dalla cosiddette *mu'amalat*, l'insieme delle obbligazioni che attengono alle relazioni umane. Non rientrano nella sua competenza, invece, le cosiddette *ibadat*, i doveri a cui ogni musulmano è chiamato nell'insieme degli obblighi che lo legano a Dio, e la cui disciplina spetta esclusivamente alla legge divina.

<sup>63</sup> La doppia legittimazione è riscontrabile sin dalle prime "Costituzioni" nelle quali è presente una minima separazione tra Stato e religione, seppur le norme del primo debbano essere conformi alla seconda. La questione del potere legislativo "umano", *kavarin*, non ingloba la *shari'a*, il che ha permesso nel corso del diciannovesimo secolo all'impero Ottomano di adottare le *kanun-e esasi*, le Costituzioni con le quali si è importato il costituzionalismo in senso occidentale. Ma il dualismo e la compresenza di una norma sacra unitamente alla norma di origine secolare è rimasto intatto, ed è riscontrabile oggi in peculiari Costituzioni dell'area, quali quella egiziana oggetto di questo studio, così come in tutte le altre Carte dell'area nord-africana (Marocco, Tunisia o Algeria).

È nelle attuali Costituzioni, infatti, che il dualismo tra potere temporale e potere divino viene in rilievo, laddove queste riconoscono da un lato la sovranità del popolo e la presenza di istituzioni e di Assemblee alle quali riconoscere il potere di rappresentare quella stessa sovranità, e dall'altro mantengono il richiamo alla sovranità divina. Quest'ultima, però, per la sua natura trascendente è inconfutabile da parte di qualsiasi intervento umano, occupando sempre il gradino più alto nella gerarchia delle fonti che caratterizzano il modello costituzionale<sup>64</sup>.

Ciò mette in evidenza, ancora una volta, come si tratti di sistemi plurali in cui le fonti del diritto, essendo di natura divina e secolare, lasciano che la gestione dello Stato passi attraverso regole eterogenee che non garantiscono un'uniformità degli orientamenti giuridici<sup>65</sup>. E questa pluralità si riversa nella specificità del modello costituzionale, in cui è ravvisabile una sovranità divina ed una sovranità popolare, entrambe riconosciute nelle Carte Costituzionali, e che è la principale peculiarità ma anche la primaria fonte di instabilità giuridica per gli ordinamenti, sempre alla ricerca della giusta convivenza tra i due livelli di giurisdizione.

I casi di cui ci si occuperà così come l'approfondimento sulla questione dei diritti e delle libertà, saranno esemplificativi di questa tensione esistente, che "limita" la transizione giuridica verso un sistema democratico, legittimato dal richiamo alla sovranità del popolo.

#### *4. L'islam e i principi del costituzionalismo occidentale: diritti, separazione dei poteri e principio di laicità*

La forza degli esponenti islamisti degli ultimi decenni ha evidenziato come la ricerca della restaurazione del potere e dello Stato islamico sia possibile. L'esperienza iraniana ne è un esempio, e le attuali circostanze che caratterizzano questa parte del globo confermano l'esistenza della possibilità di un cambiamento, anche se in senso tradizionale<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Cfr. N.J. COULSON, *op. cit.*, pag. 128- 129

<sup>65</sup> Cfr. W. MENSKI, *Comparative law in a global context. The legal systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006 pag. 349

<sup>66</sup> L'esperienza iraniana evidenzia il fallimento dell'esportazione *tout court* del costituzionalismo occidentale. Qui il modello di Stato islamico si è tradotto in una teocrazia costituzionale in cui la *shari'a* è fonte "sovra" la Costituzione, ed in cui l'intero ordine dei poteri è informato alla Legge di

Anche laddove sono state previste libere elezioni i poteri autocratici/tradizionalisti non hanno permesso che la sovranità del popolo potesse essere completamente rappresentata. In quei sistemi, altresì, in cui la competizione elettorale ha ammesso anche partiti islamisti, come anche in Algeria, è stata dimostrata la forte popolarità dovuta sia ad una forma di protesta e sia alla delusione nei confronti del modello occidentale. Ciò è avvenuto anche nel sistema maggiormente secolarizzato, la Turchia, dove le posizioni conservatrici hanno riscosso un notevole seguito, seppur senza prevedere un richiamo alla diretta applicazione della *shari'a*.

Il caso turco non può essere messo a confronto con quei sistemi in cui le forze tradizionali ed islamiste detengono il potere, come l'Iran od il Pakistan, ma è indubbio che gli islamisti siano diventati una forza presente nel sistema politico e sociale di questi sistemi, tanto da inglobare anche il sistema giuridico e le riforme istituzionali avviate.

Da tali premesse, diventa importante esaminare direttamente il rapporto esistente tra costituzionalismo arabo-islamico ed i principi su cui poggia il modello costituzionale e democratico occidentale, quali la tutela dei diritti, la separazione dei poteri ed infine il principio di laicità, quale prova dell'effettiva coesistenza tra questo ultimo ed il sistema costituzionale oggetto di tale studio, tanto da valutare il grado di "democraticità" degli ordinamenti dell'area, e comprendere se in effetti "l'islam è incompatibile con la democrazia"<sup>67</sup>.

Tra tutti, la laicità è il criterio attraverso cui valutare il livello di democraticità del sistema costituzionale accolto dalla maggioranza dei sistemi giuridici che si riconoscono nei valori dell'islam, in quanto dal suo accoglimento ne deriva il riconoscimento di quei principi fondamentali per la garanzia del pluralismo e dell'uguaglianza di tutti i cittadini, indipendentemente dall'appartenenza religiosa.

Se la separazione dei poteri e la tutela dei diritti sono i due criteri attraverso cui definire il costituzionalismo classico, la laicità diventa il parametro per valutare il costituzionalismo nella sua versione contemporanea e democratica.

---

Dio, tanto da essere il sistema religioso a precedere quello costituzionale. Questo seppur non siano assenti modalità organizzative che richiamino il modello costituzionale classico, come la previsione di una Costituzione rigida o di norme che attribuiscono l'amministrazione dello Stato al popolo ed agli organi dallo stesso eletti. Cfr. L. DE GRAZIA, *Il sistema islamico nel sistema delle fonti normative dell'ordinamento iraniano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. 2, 2011, pagg. 309-325

<sup>67</sup> Cfr. R. GUOLO, *L'Islam è compatibile con la democrazia?*, Roma-Bari, 2007

Nell'analisi che ne deriva si prende atto, così, di come non soltanto i primi due principi, seppur formalmente previsti, continuino ad essere legittimati dal riferimento alla legge religiosa, ma anche di come la scarsa propensione all'accoglienza del principio di laicità mantenga una predisposizione ad un trattamento discriminatorio di chi della maggioranza religiosa non ne fa parte, mettendo in crisi non soltanto uno dei capisaldi del modello di democrazia contemporanea, quale la tutela delle minoranze, ma anche le principali libertà e diritti civili riconosciuti al singolo, a partire dalla libertà di manifestazione del pensiero e del credo religioso.

È necessario, dunque, reimpostare il ruolo che la legge sacra ricopre, in modo che il richiamo alla specificità culturale-religiosa di questi spazi non rappresenti una limitazione allo sviluppo della comunità e del singolo.

### *4.1 Il riconoscimento e la tutela dei diritti*

Adottate sulla scorta delle Carte occidentali, le Costituzioni arabo-musulmane contemporanee prevedono in più parti norme finalizzate alla tutela delle libertà e dei diritti fondamentali dei singoli ed il principio dell'uguaglianza davanti alla legge.

Si tratta di principi introdotti nel corso dell'impero Ottomano durante l'epoca di importazione dei modelli occidentali, ma che, per i caratteri propri della cultura giuridica arabo-islamica, non hanno trovato una applicazione reale nei sistemi di questa area, per cui la tutela formale si è tradotta spesso in un loro "svuotamento" dal punto di vista sostanziale.

Nell'ambito del costituzionalismo islamico classico per come già esaminato, la materia dei diritti si basa sul concetto di sovranità di Dio, dalla quale discende l'organizzazione della comunità religiosa e l'insieme degli obblighi e dei doveri dei musulmani. Nell'islam non esiste individualismo, giacché l'uomo, sia singolarmente che collettivamente, è responsabile verso l'autorità divina. Le istituzioni musulmane non perseguono l'obiettivo di determinare delle regole, perché queste sono già stabilite, piuttosto quello di garantire l'applicazione di quelle stesse regole secondo un modello di giustizia tra gli esseri viventi. Al contempo, l'uguaglianza etica all'interno della *ummah* ed il concetto di fratellanza che unisce tutti i fedeli, comporta un riconoscimento di uguali diritti di partecipazione civile, politica, ed

economica seppur solo in riferimento alla “comunità islamica”. Da ciò ne deriva una teoria dei diritti che ingloba tutte quelle discriminazioni che l’islam prevede, *in primis* quella nei confronti dei non musulmani e delle donne.

Se dalla teoria classica si passa alla lettura delle Carte Costituzionali oggi in vigore, si prende atto di come la previsione di un catalogo formale di diritti in senso “occidentale” rappresenti una delle tante contraddizioni che caratterizzano questi documenti, a metà strada tra il riconoscimento dei principi “secolari” occidentali ed il mantenimento della tradizione islamica.

L’articolo 6 (prima accolto nell’articolo 40) dell’attuale Dichiarazione Costituzionale provvisoria egiziana riconosce il principio di eguaglianza di tutti i cittadini, senza distinzioni in relazione alla razza, origine, lingua, religione o credo<sup>68</sup>; la norma non fa, però, riferimento al sesso, richiamando così direttamente il sistema di discriminazione tra uomo e donna previsto dal dettato sharaitico; al contempo, la Costituzione egiziana, secondo anche il regime transitorio attuale, conferma la *shari’a* al vertice del sistema delle fonti, per cui qualsiasi richiamo esistente nel dettato costituzionale deve essere necessariamente letto in conformità con la legge divina. Da ciò ne consegue che l’eguaglianza assunta deve essere considerata necessariamente nel novero del quadro giuridico indigeno, ammettendo la legittimità delle disuguaglianze nei confronti delle donne, di cui si è già detto.

Questo è solo un esempio di come il riconoscimento formale dei diritti sia stato accolto nei modelli costituzionali dell’area. Ciò nonostante, il loro effettivo esercizio è spesso compromesso sia dalle norme costituzionali, in conflitto per il richiamo all’islam o alla *shari’a*, che dalle legislazioni nazionali e dalle interpretazioni restrittive date dalle Corti, giustificate dai principi dell’ordine pubblico o della sanità morale. La derivazione divina dei diritti determina, invero, l’assenza della previsione di istituzioni giudicanti alle quali riconoscere una competenza in materia di diritti, alla stregua di quanto previsto nelle democrazie occidentali con l’istituzionalizzazione di Corti Supreme o di Corti Costituzionali, quali guardiane e protettrici della posizione giuridica dei singoli, le quali esercitano la propria funzione sia al fine di limitare il potere politico e sia quale istanza ultima alla quale ricorrere

---

<sup>68</sup> Anche l’articolo 34 della Costituzione della Siria garantisce la libertà di credo e all’articolo 45 prevede il riconoscimento di pari diritti e libertà alle donne, garantendo loro la piena partecipazione politica, sociale ed economica alla vita del paese.

## CAPITOLO I

in caso di violazione di un diritto soggettivo. Il diritto riconosciuto alla giustizia “personale”, fa sì che nessun potere legislativo possa condurre alla formazione di organi predisposti alla tutela dei diritti, mantenendo il richiamo ad organi giurisdizionali “islamici”, le Corti Sharaitiche, la cui competenza si estende a valutare i casi di violazione derivanti dalla trasgressione della legge islamica.

In questo senso è possibile, in estrema *ratio*, individuare punti di contatto tra le teorie occidentali e quelle islamiche: il diverso fondamento dei diritti porta, in ogni caso, ad ammettere l'importanza della loro giustiziabilità.

Alla base di queste attitudini, vi è comunque la differenza concettuale del significato di diritti tra la cultura giuridica occidentale e quella islamica. Così, mentre la prima chiama all'universalità degli stessi, la seconda insiste sulla loro natura culturale, il che ha giustificato anche l'apposizione di numerose riserve ai trattati internazionali in materia di diritti adottati dalla Comunità internazionale, sulla scorta dell'incompatibilità di alcuni principi con quelli previsti nella dottrina giuridica islamica<sup>69</sup>.

Di conseguenza, la libertà di religione, per esempio, è ammessa solo nei limiti imposti dalla *shari'a*, e l'abiura dell'islam è considerata un crimine. Seppur molti Codici Penali contemporanei non prevedano delle pene per l'apostasia, non mancano ordinamenti che stabiliscono conseguenze civilistiche, soprattutto in materia matrimoniale<sup>70</sup>. Per tali motivi, seppur sia riconosciuto costituzionalmente il principio di eguaglianza, il richiamo alla tradizione islamica traduce anche nei rapporti con le minoranze non musulmane una situazione di discriminazione<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Tra tutte, le riserve apposte alla CEDAW in materia di diritti delle donne e divieto di discriminazione contro le stesse.

<sup>70</sup> Paradigmatico è in questo frangente il caso del docente egiziano Nasr Hamid Abu Zaid, il cui matrimonio è stato dichiarato nullo a causa della condanna per apostasia. Cfr. S. TELLENBACH, *L'apostasia nel diritto islamico*, in *DAIMON*, vol. 1, 2001, pagg. 53-70, K. BÄLZ, *Submitting Faith to Judicial scrutiny through the Family Trial: The Abu Zaid Case*, in *Die Welt del Islams*, n. 37, 1997, pagg. 135- 155

<sup>71</sup> Sul rapporto tra minoranze religiose ed islam, cfr. Y. AL-QARADAWI, *Non Muslims in the Islamic society*, Indianapolis, 1985; A.A. AN-NA'IM, *The Islamic Law of Apostacy and its Modern applicability: a case from The Sudan*, in *Religion*, 1986; M.S. CHAUDHRY, *Non- Muslim minorities in an Islamic State*, Lahore, 1995; K. HASHEMI, *Religious legal traditions, international Human Rights and Muslim States*, Leiden- Boston, 2008; A. MAUDUDI, *Rights of non Muslims in Islamic State*, Lahore, 1982; A.E. MAYER, *Islam and human rights, tradition and politics*, London 1999; A.R.I. DOI, *Non – Muslims under Shari'a (Islamic Law)*; G. SALE, *Stati islamici e minoranze cristiane*, Milano, 2008; R. SPENCER, *The myth of Islamic tolerance. How Islamic law treats non- Muslims*, New York, 2005; B. YE'OR, *The dhimmi. Jews and Christians under Islam*, London, 1985

I limiti nella libertà di religione sono stati confermati dalla Corte egiziana, che in una storica sentenza del 1924<sup>72</sup> non ha riconosciuto la fede *baha'i* quale minoranza, vietando tutte le attività connesse alla professione del loro credo, perché non rientrante tra le religioni minoritarie che la legge sacra riconosce, ossia quella cristiana, ebraica e islamica. Così, nonostante l'abolizione formale del sistema del *millet* ed il riconoscimento dell'uguaglianza formale, i non musulmani continuano a vivere una situazione di discriminazione dovuta alla perpetuazione delle tradizionali differenze tra la maggioranza musulmana e le minoranze a livello istituzionale.

Tuttavia, in materia lo spazio islamico evidenzia al suo interno l'esistenza di una pluralità di voci, tra cui si distinguono le posizioni più tradizionaliste, secondo le quali i diritti non possono che essere considerati di derivazione divina<sup>73</sup>, e le concezioni più progressiste, che auspicano riforme al fine di adeguarsi alle disposizioni sui diritti stabilite a livello internazionale.

Di là delle specifiche posizioni, che saranno approfondite in un capitolo a ciò dedicato, il pluralismo giuridico evidenzia come la dottrina islamica contemporanea non sia indifferente alla questione dei diritti, accolti nelle odierne Costituzioni. Ma la fonte prevista per la loro legittimazione rimane la questione da cui partire, la quale in virtù dei limiti già più volte esposti, condiziona oggi la loro tutela sul piano sostanziale, svuotando uno dei contenuti del costituzionalismo stesso.

### 4.2 *La separazione dei poteri*

Diversa è la questione che riferisce al secondo elemento del costituzionalismo, la separazione dei poteri. Come visto nelle precedenti pagine, si tratta di un concetto

---

<sup>72</sup> Nella sentenza della Corte egiziana del 1924, la fede *Baha'i* è stata considerata una "distinta religione", un orientamento questo confermato anche da numerosi interventi legislativi, come il decreto n. 263, adottato da Nasser nel 1960, e contenente il divieto delle attività religiose della minoranza. Solo una recente decisione del 2006 della Corte amministrativa ha riconosciuto la minoranza *baha'i*, seppur la difficoltà "amministrativa" prevista nel procedimento per il suo riconoscimento (la richiesta deve essere proposta al Dipartimento per gli Affari Religiosi al Ministero degli Interni, che lascia un parere, trasmesso al Presidente dello Stato al quale spetta la decisione, ma solo dopo aver raccolto i pareri delle altre religioni, in accordo con quanto stabilito dalla legge n. 15 del 1927). Secondo la dottrina islamica, la fede *baha'i* è una "religione post- islamica", non ammessa dall'islam che riconosce il Profeta come il sigillo della fede. Dopo quella islamica, è vietata qualsiasi altra rivelazione, condizione per cui la fede dei *baha'i* non può essere accettata. Cfr. C.BUCK, *Islam and Minorities: The case of Baha'is*, in *Studies in Contemporary Islam*, vol. 1, 2003, pag. 86

<sup>73</sup> Cfr. A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1995

## CAPITOLO I

estraneo alla classica idea di costituzionalismo e di Stato islamico, la cui teoria classica prevede la concentrazione del potere nelle mani del califfo.

In realtà, il concetto di separazione dei poteri è entrato a far parte formalmente dell'organizzazione statale con l'epoca coloniale. Ma si è visto come la sua ricezione non si sia dimostrata valevole per una traduzione sostanziale. Le Costituzioni attuali possono essere lette quali Carte formali in cui il principio di separazione è stato sostanzialmente superato dal riconoscimento della supremazia decisionale dell'organo esecutivo.

Oliviero<sup>74</sup>, per esempio, analizza il modello semipresidenziale accolto nel Maghreb, dove maggiormente è ravvisabile la tendenza a bypassare gli organi rappresentativi a favore dell'accentramento del potere esecutivo, anche attraverso escamotage costituzionali, come il potere di decretazione di urgenza, che confermano l'inesistenza di una cultura volta alla tutela della democrazia. Le attuali assemblee rappresentative dell'area islamica evidenziano il lassismo dell'esperienza parlamentare e costituzionale passata, le quali, svuotate dei loro poteri, sono divenute espressione dell'unica maggioranza rappresentata dall'esistenza di un partito unico, avallanti le scelte poste dal potere esecutivo sulla scorta di una presunta concentrazione del potere risalente alla volontà divina.

Cosicché anche laddove il Parlamento cerca di esercitare le sue prerogative, la situazione politica non permette che il controllo esercitato possa tradursi in un rispetto dell'equilibrio costituzionale. Si è visto come, seppur riconosciuto, lo stesso abbia subito un numero elevato di deroghe all'esercizio del suo potere, che ne hanno determinato lo svuotamento, consolidando al contrario fenomeni come il presidenzialismo e l'affermazione del partito unico. Ciò si evidenzia anche nell'emarginazione del potere giudiziario, che assume sempre di più una funzione servente al potere esecutivo.

Peculiari sono, in tale frangente, le tesi dei costituzionalisti/tradizionalisti più moderni, tra i quali Maududi e Khatami, che presentano una visione diversa rispetto alla questione, smentendo chi ritiene che il costituzionalismo islamico non sia aperto alla concezione della separazione dei poteri.

---

<sup>74</sup> Cfr. M. OLIVIERO, *La ricezione del modello semipresidenziale nei paesi arabi*, cit.

Secondo le tesi da questi presentati, infatti, uno Stato islamico deve dotarsi sia della separazione dei poteri che di una pluralità di leggi (costituzionali, penali, amministrative) espressione di tali poteri stessi. Tutti sostengono la democrazia intesa quale governo del popolo, che secondo Maududi agisce in quanto vicario di Dio<sup>75</sup>. Il popolo, pertanto, eleggendo il suo rappresentante, si dota di un sistema democratico.

A questa visione Khatami<sup>76</sup>, quale esponente della prima forma di democrazia islamica, la Repubblica Islamica dell'Iran, aggiunge che laddove vi sia consenso da parte del popolo nei confronti di un governo fondato in nome dell'islam, allora è indiscutibile che si abbia a che fare con una "democrazia" islamica<sup>77</sup>. Il modello islamico propone, di fatto, un modello "alternativo" di democrazia<sup>78</sup> rispetto al modello occidentale, in cui l'esercizio del potere legislativo è frutto dell'emanazione della volontà divina. Questo, a sua volta limita e controlla il potere esecutivo, secondo il principio di legalità sharaitico, e che è esercitato ricorrendo ai principi della tradizione islamica, tra cui la *shura*.

L'attenzione della impostazione tradizionale non è, tuttavia, rivolta a trattare la questione della separazione dei poteri in senso stretto, in quanto secondo questa lettura il potere esecutivo è sempre limitato dal potere legislativo, ma si interessa della questione del come "limitare il potere legislativo temporale" ed evitare che questo adotti leggi ingiuste ed inique, per mezzo di maggioranze oppressive.

Questo è sempre stato un problema rilevante nel campo giuridico islamico, da sempre impegnato ad individuare i modi per evitare il rischio che un'assemblea rappresentativa "secolare" possa adottare atti contrari alla *shari'a*.

---

<sup>75</sup> Cfr. A. MAUDUDI, *The Islamic Law and constitution*, cit.

<sup>76</sup> Partendo dall'idea di libertà del singolo, il leader iraniano ha affermato che l'idea di libertà prevista nel Corano, la *falah*, è diversa da quella sviluppata nell'etica liberale. La libertà islamica ha a che fare con la liberazione dalle costrizioni e dalle tentazioni e dai peccati che potrebbero intaccare la moralità interiore dell'individuo, mentre la libertà occidentale rimanda alla liberazione dalle forme di oppressione che possono avere origine nel foro esterno, nella dimensione del sociale e non ha a che fare con l'individuo ed il suo foro interno. M. KHATAMI, *Religione, libertà e democrazia*, Roma-Bari, 1999, pag. 103 e ss.

<sup>77</sup> La Costituzione iraniana stabilisce, all'art. 4, che "tutte le leggi devono essere conformi ai principi islamici", all'art. 72 che "l'Assemblea Consultiva islamica non può approvare leggi che siano contrarie alle fonti dei diritti (*usul*) ed agli atti giudiziari (*ankam*) della religione ufficiale del paese, o alla Costituzione", ed all'art. 96 prevede che "la conformità della legislazione alla *shari'a* è accertata dalla maggioranza dei *fugaha*, membri del Consiglio dei Guardiani".

<sup>78</sup> Cfr. B.KHIR, *An Islamic Critique and alternative of democracy*, in *The Islamic Quarterly*, vol.47, n.1, 2003, pagg. 73-79

Queste teorie tradizionali-contemporanee hanno il vantaggio di evidenziare lo sforzo dei costituzionalisti islamici ad avvicinarsi alle tesi occidentali, gli uni e le altre preoccupati nell'individuare i meccanismi volti a garantire una forma di "democrazia" attraverso un sistema di limitazioni e controlli dei poteri pubblici che risponde al classico *check and balances* sviluppato dalla dottrina occidentale.

Nei precedenti paragrafi, però, si è negato la possibilità di rintracciare una separazione dei poteri nelle teorie classiche che riconducono l'organizzazione pubblica dei poteri alla figura del califfo. Rimane da valutare se le risposte date al principio di separazione dei poteri da tali teorie contemporanee siano il frutto di una lettura "cultural-religiosa" che riferisce alla legge sacra, ma che accetta le impostazioni della teoria costituzionale classica, ovvero semplicemente una forma attraverso cui questa stessa teoria occidentale è attaccata, proprio per mezzo delle fondamenta su cui la stessa si è costruita.

### 4.3 Il principio di laicità

Si è già fatto riferimento alla separazione tra Stato e religione quale fonte legittimatrice dell'organizzazione dei poteri in un ordinamento giuridico che si possa definire costituzionale e democratico.

Il termine laicità, dal francese *laïcité* indica la legge del popolo, ossia di coloro che non fanno parte della Chiesa<sup>79</sup>. Esso attiene ad una particolare organizzazione del potere pubblico ed ad una singolare posizione del cittadino nei confronti del potere costituito. Per tale motivo è strettamente connesso con il costituzionalismo, in quanto prodotto di un'evoluzione e di una consapevolezza affermatasi solo di recente, *in primis* nell'arena occidentale. In generale, la definizione del principio di laicità implica sempre una neutralità dell'apparato statale di fronte alle confessioni religiose. Ciò però non esclude situazioni di favore rispetto al fenomeno religioso in sé, tantoché diverse sono le forme previste per la sua realizzazione.

Si parla, così, di indifferenza al credo religioso da parte delle istituzioni statali ovvero di "separazione ostile"<sup>80</sup> qualora sia previsto un *corpus* di norme speciali,

---

<sup>79</sup> Cfr. F. RIMOLI, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia Giuridica.*, vol. XVIII, 1995

<sup>80</sup> Cfr. S. CECCANTI, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, Bologna, 2001

anche se avverse e discriminatorie nei confronti delle associazioni religiose, ritenute contrarie ai fini perseguiti dalle istituzioni statali. In altri casi, si preferisce un principio di collaborazione tra istituzioni religiose e pubbliche, mirante a difendere ed a proteggere gli orientamenti esistenti, e pertanto a mettere in pratica attività di riconoscimento, di sostegno, di assistenza e di tutela degli interessi religiosi, sia del singolo che dell'intera comunità, in un quadro che rimane neutrale. È questo l'orientamento sfociato nell'instaurazione di regimi concordatari o convenzionali, prodotti per mezzo della conclusione di accordi bilaterali tra le parti, che stabiliscono la disciplina dei rapporti intercorrenti tra lo Stato e le confessioni religiose.

Di là delle "forme" di attuazione, allo Stato che si definisce laico spetta il dovere di riconoscere un trattamento di equiparazione agli individui, agli enti ed alle associazioni che si ispirano a motivi religiosi, senza prevedere, nel proprio sistema delle fonti, norme speciali poste a favore di particolari confessioni, dalle quali far dipendere la legittimità stessa delle istituzioni statali.

Storicamente, l'esperienza maturata nel caso musulmano si differenzia, però, da quella dell'area cristiana ed occidentale. È riconosciuto ed indiscusso che se si vuole individuare una divergenza tra il costituzionalismo islamico e quello occidentale, si deve proprio fare riferimento al mancato riconoscimento del principio di laicità nei sistemi a maggioranza musulmana.

I teologi islamici classici distinguevano tra le materie attinenti la religione e quelli propri dello Stato soltanto al fine di differenziare quelle riguardanti la salvezza dello spirito e quelli che invece riferivano alle questioni materiali; ma religione e Stato non sono mai state considerate due istituzioni separate.

Questa peculiarità tipicamente islamica si ritrova, come visto, nel costituzionalismo oggi accolto, che seppur dotato di istituzioni secolari e di procedimenti di formazione delle leggi occidentali e come tali "laici", continuano a riferire alla religione quale fonte giustificatrice dell'ordinamento tutto.

Nei territori musulmani, quindi, l'idea di separazione Stato-religione non ha visto una forma di concretizzazione, non essendo stata nemmeno contemplata. La religione ha sempre simboleggiato sia la fonte di ispirazione che la guida per i singoli fedeli e per i centri di potere all'interno dei quali ci si organizza per assumere le decisioni atte a governare i popoli. Lo stesso sistema giuridico prevede, come

## CAPITOLO I

analizzato, poche disposizioni che si riferiscono ai pubblici poteri, e nel far questo stabilisce quale regola aurea che lo Stato, indipendentemente dalla conformazione in monarchia od in repubblica, deve essere “islamico”.

Tecnicamente, infatti, il principio di laicità definisce la “forma dello Stato”, distinguendo tra lo Stato teocratico, confessionale e secolare<sup>81</sup>. Il primo è proprio degli ordinamenti che sottopongono l’organizzazione statale ai principi della religione. In tal caso, le regole giuridiche sono la manifestazione della volontà divina, senza distinzione alcuna tra norme giuridiche e regole religiose, richiamando la sovranità divina quale unica fonte dell’ordinamento<sup>82</sup>.

Da questi si distinguono gli Stati “confessionali”, in cui si evidenzia uno “sdoppiamento” tra i due ordini di potere, per cui la religione continua ad esercitare una particolare influenza sul sistema politico. È questa la natura della maggioranza dei sistemi giuridici dell’area musulmana contemporanea, in cui il richiamo all’islam nella forma di religione ufficiale piuttosto che come religione del Capo di Stato o come fonte della legislazione interna, è ciò che contraddistingue tali ordinamenti “religiosi” da quelli occidentali<sup>83</sup>.

Laddove non si realizza, invece, una coincidenza tra sfera giuridica e quella religiosa si parla di Stato laico.

Così, mentre la quasi totalità delle esperienze statali maturate in Occidente rientrano nel novero dello Stato laico, tra gli Stati dell’area islamica pochi sono i casi in cui questa impostazione è perseguita<sup>84</sup>. Il confessionalismo è la forma di organizzazione

---

<sup>81</sup> Gallo assume come la ricerca dell’esistenza di un’effettiva interferenza della religione sul “politico” ed sul “giuridico” rappresenta il criterio fondamentale da utilizzare al fine di pervenire ad una classificazione dei sistemi giuridici contemporanei. Cfr. P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, Torino, 1997

<sup>82</sup> Tra questi Afghanistan, la Repubblica Islamica dell’Iran, la Monarchia wahhabita dell’Arabia Saudita, la Libia di Gheddafi attualmente in fase di transizione, il Pakistan, il Bahrain, e lo Yemen.

<sup>83</sup> Tra questi rientrano gli Stati che dichiarano l’islam la religione ufficiale dello Stato, quali Algeria (art. 4 Cost.), Marocco (art. 6 Cost.), Mauritania (art. 1 Cost.), Somalia (art. 3 Cost.); la Tunisia dichiara l’appartenenza alla religione ed allo spirito islamico (art. 1 Cost.), mentre nella Costituzione dell’Egitto, anche nella sua attuale dichiarazione provvisoria, c’è uno specifico richiamo alla *shari’a* quale fonte della legislazione (art. 2 Cost.). Ancora, vi sono Costituzioni che chiariscono il loro carattere confessionale stabilendo che il capo dello Stato non possa essere che musulmano, come nel caso del Marocco, dove il re è *Amir el.Mu’minin* o Guida dei credenti (art.6 Cost.), della Tunisia (art. 37 Cost.), Algeria (art. 107 Cost.).

<sup>84</sup> Le limitate esperienze statali che rimandano alla separazione tra Stato e religione sono la Turchia, che ha introdotto il riferimento alla laicità dello Stato nel 1937, l’Albania, il Turkmenistan, il Kazakistan, il Kirgizistan, ossia le formazioni statali che hanno subito un vero processo di modernizzazione politico-istituzionale. Ciò è avvenuto in Turchia con la rivoluzione attuata da Kemal Atatürk, e con la transizione “imposta” dal regime socialista, laico e materialista, negli altri casi.

del potere maggiormente accolta, mantenendo così una forma di convivenza tra Carte Costituzionali, Codici, leggi, ed il diritto divino. Per fare qualche esempio, così è stato per l'Iraq (Cost. 1924 e 1968), l'Iran (Cost. 1906), la Siria (Cost. 1973), l'Egitto (Cost. 1971), la Tunisia (Cost. 1959), la Somalia (Cost. 1960, 1969, 1976 e 1979), il Marocco (Cost. 1961 e 1972), la Libia (Cost. 1951, 1963 e 1977), l'Algeria (Cost. 1963, 1976 e 1989)<sup>85</sup>. Al contrario, la presenza di Stati laici è rara, trattandosi di vere e proprie eccezioni che hanno denotato l'assimilazione ad una forma di Stato secolare per volontà del detentore del potere, a seguito di una transizione ben specifica, o per ragioni storiche, come nel caso degli ordinamenti appartenenti all'ex area U.R.S.S. Tra tutte, paradigmatica è l'esperienza della già citata Repubblica turca, nel cui preambolo della Costituzione del 1982 è prevista la tutela del principio di laicità e che *“i sacri sentimenti non possono interferire con gli affari statali e politici”*.

Di conseguenza, se si vuole far valere la relazione occidentale secondo la quale la laicità è condizione necessaria per il riconoscimento della democrazia, e la democrazia è fondamentale per il costituzionalismo, se ne deduce che l'islam, rigettando il principio di laicità, è incompatibile con la democrazia e con il costituzionalismo.

Tali vincoli non esistono, però, per gli studiosi islamici, i quali hanno sempre inteso la democrazia quale semplice metodo procedurale per amministrare il potere politico. In questo, si richiamano le note tesi del politologo Schumpeter, secondo il quale la democrazia non ha niente a che vedere con i valori e con i fini che sono presenti in una società, in quanto non è altro che un metodo politico<sup>86</sup>. Secondo gli autori musulmani, cioè, la democrazia deve essere liberata dal concetto di laicità, tanto da eliminare in tal modo il contrasto tra la stessa e l'islam.

Così, se nella teoria pubblica dello Stato i giuristi occidentali ritengono sia necessario scindere il foro privato da quello pubblico, per i sistemi giuridici non occidentali tale differenziazione non è fondamentale, e questo perché entrambe le sfere sono

---

Analogamente, si dichiara laica la Repubblica del Senegal, ex articolo 1 della Costituzione del 1963 ed il Niger, ex articolo 2 della Costituzione del 1960, nonostante la loro popolazione sia in assoluto in maggioranza musulmana.

<sup>85</sup> Per i riferimenti costituzionali, cfr. L. PEGORARO, A. REPOSO, *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Bologna, 1993, pag. 24

<sup>86</sup> Per approfondimenti di carattere politologico, cfr. G. PASQUINO, *Corso di scienza politica*, Bologna, 2000

## CAPITOLO I

sottoposte alla più alta autorità giuridica esistente, quella divina. La legge di Dio, quale morale eterna, è al di sopra di tutto in tutti i tempi, per cui anche accogliendo la teoria della distinzione tra pubblico e privato, nessuna legge di origine umana può essere incompatibile con quanto stabilito dal diritto divino.

Ciò spiega il perché le Costituzioni sono promulgate in nome di Dio e del profeta, e solo in un secondo momento assumono rilevanza le istituzioni laiche, quali il Re, la nazione, o la sovranità del popolo.

Il richiamo al potere divino contestualmente a quello popolare, e quindi secolare, denota, invero, una situazione irrisolta ed esprime un connubio di forze che impongono l'inesistenza di una cultura giuridica "costituzionale" ben definita, che conferma una dualità che si è tradotta nell'incompletezza della transizione sul piano costituzionale. Nonostante gli sforzi intrapresi da tutte le esperienze giuridiche di tenere insieme i due elementi, Costituzione e *shari'a*, il richiamo a questa ultima determina una forte volontà confessionale, che tarda a riconoscere il principio di separazione tra Stato e religione.

Ciò conferma come questo ultimo sia il criterio principale da assumere per distinguere il costituzionalismo qui avviato. Ed è proprio lungo la differenza scaturente dall'applicazione del principio di laicità che ci si soffermerà in tutto il lavoro sull'analisi di due casi studio, la Turchia e l'Egitto, la prima paradigma di una transizione laica, il secondo del confessionalismo che caratterizza tutta l'area.

L'approfondimento sui principi qui assunti per valutare il grado di democraticità del sistema costituzionale islamico permette di prendere atto di come l'esperienza costituzionale islamica stia ancora vivendo la fase di ricerca del giusto rapporto tra l'esigenza di garantire la rappresentatività e la tutela dei singoli ed, al contempo, il richiamo alla specificità culturale/religiosa rappresentata dall'islam, tanto da non poter definire come "costituzionalmente democratici" i sistemi che a questo fanno riferimento.

La compresenza di una legittimità religiosa e di una "laica" intesa nella sovranità popolare è una delle principali questioni che determinano la confusione ed, al contempo, lo stallo giuridico, bloccando il "cammino" verso la modernità giuridica e con esso il "completamento" della transizione avviata.

## IL COSTITUZIONALISMO ISLAMICO

Accettare il modello islamico significa ammettere che il costituzionalismo può assumere letture diverse a seconda delle specificità della cultura in cui lo stesso è applicato, divenendo la precondizione per la diffusione di principi quali l'eguaglianza, i diritti e le libertà secondo letture "altre", tanto da avallare il sistema discriminatorio che le stesse prevedono.

L'analisi dei capitoli che seguono permette di meglio comprendere in che misura tali impostazioni siano limitative dei principi del costituzionalismo classico e, pertanto, di rispondere a quelle posizioni che chiedono di accogliere una lettura islamica del fenomeno costituzionale.

## CAPITOLO II

### IL DIRITTO MUSULMANO: ORIGINE, SVILUPPI E PECULIARITA' DI UN SISTEMA GIURIDICO "ALTRO"

*“Non si può comprendere l’islam senza comprendere il diritto musulmano”.*

Con questa espressione si apre un capitolo che mira ad offrire una disamina sullo sviluppo del sistema giuridico musulmano, sulle fonti e sugli istituti principali di questo peculiare ordinamento avente origine divina, attraverso l’approfondimento del rapporto tra lo stesso e la modernità. Tale analisi, unitamente a quella avente come oggetto il costituzionalismo islamico che l’ha preceduta, è preludio per l’approfondimento della parte specialistica, giacché la comprensione dell’ordinamento giuridico nel suo complesso è fondamentale per intendere tutta la cultura che continua ancora oggi ad influenzare i sistemi giuridici dell’area. La scienza tipicamente islamica non è, difatti, la teologia ma il diritto, il quale si costituisce quale elemento essenziale al fine di comprendere e studiare l’islam e la sua civiltà.

Renè David<sup>1</sup> definisce l’islam quale la “*religione delle legge*”, richiamando l’espressione di Bergsträsser<sup>2</sup>, secondo cui il diritto islamico è “*l’epitome del vero spirito musulmano, l’espressione più decisiva del pensiero islamico, il nucleo essenziale dell’islam*”. Ancora Predieri<sup>3</sup> definisce il diritto islamico quale un “*diritto apicale*”, in quanto ordine superiore ai singoli confini degli ordinamenti statali, diritto di tutti gli Stati dell’area, in cui si riconosce la supremazia della *shari’a* e dei principi della legge sacra, e che necessita del suo approfondimento prima di addentrarsi in materie più specifiche.

Si tratta di citazioni che riassumono bene lo spirito di questo sistema giuridico e che esplicitano gli elementi principali dello stesso, il quale si caratterizza per il richiamo all’elemento religioso, per l’immedesimazione tra islam, cultura e politica, nonché

---

<sup>1</sup> Cfr. R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1994,

<sup>2</sup> Cfr. G. BERGSTRÄSSER, *Grundzuge des Islamischen Rechts*, Leida, 1935

<sup>3</sup> Cfr. A. PREDIERI, *Il diritto apicale metastatale. Analogie fra diritto comunitario e diritto islamico*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, n. 3, 1993, pagg. 1 e ss.

per l'aspirazione "universalista" e sovra-nazionale che fa della *shari'a* la norma "ultima", che trascende il diritto dei singoli Stati che ad essa riferiscono.

L'ordinamento giuridico islamico si presenta quale un sistema caratterizzato dalla convivenza di più fonti, di origine divina ed umana<sup>4</sup>, tratto questo che lo caratterizza in tutti i suoi livelli. Nell'islam il fattore religioso è intrinsecamente legato alla legge islamica e quindi all'ordinamento giuridico. I termini "legge islamica" o "*shari'a*" indicano non solo una cultura giuridica ed istituzionale, ma anche una religione, intesa in senso lato quale cultura, diritto e civilizzazione<sup>5</sup>. In questo senso, il sistema di diritto musulmano rappresenta, insieme agli ordinamenti giuridici a *common law* ed a *civil law*, una delle tre grandi modalità in cui si organizzano oggi i sistemi giuridici contemporanei<sup>6</sup>.

Diritto e religione discendono dalla medesima autorità legittimante, che è in questi contesti personificato da *Allah*, ed è attraverso l'analisi dell'evoluzione di tale sistema che questo binomio può essere compreso, potendo cogliere il tipo di regole e di vincoli che questo diritto impone ed il suo perché. Il Corano è la *legge*, il che non lascia spazio per la formazione di istituti secolari come quelli degli odierni ordinamenti presenti al mondo, seppur i limiti della rivelazione coranica e la mancanza di disposizioni giuridiche vevoli per regolare tutti gli aspetti della vita sociale, abbiano lasciato spazio all'intervento umano ed all'attività di interpretazione o *ijtihad*. È, difatti, in questa ottica di pluralismo e di tensione tra fonti di origine divina e fonti di origine umana, le *ahl al-hadith* e le *ahl al-ray*, che è impostato lo studio sulle fonti del diritto islamico, al fine di evidenziare gli effetti che lo stesso esplica ancora negli odierni ordinamenti, focalizzando sugli strumenti che hanno contribuito alla formazione del sistema tutto<sup>7</sup>. Queste prime distinzioni caratterizzano

---

<sup>4</sup> Cfr. W. MENSKI, *Islamic Law: God's law or men's law?*, in W. MENSKI, *Comparative law in a global context. The legal systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006, pagg. 279-379

<sup>5</sup> Cfr. W.B. HALLAQ, *What is Shari'a?*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 12, 2005-2006, pag. 152

<sup>6</sup> Renè David è stato il primo grande comparatista a sostenere la disciplina giuridica che analizza i sistemi giuridici esistenti al mondo. Nella sua prima opera di classificazione individua tre famiglie giuridiche, quella romanico-germanica, quella socialista e quella a *common law*, alle quali aggiunge un quarto gruppo, che agli inizi non considera un vero sistema giuridico, che definisce "ordinamenti giuridici religiosi e tradizionali". Alla prima classificazione ne seguono altre, attraverso cui attribuisce il rango di famiglia giuridica anche agli ordinamenti dell'Asia e dell'Africa, che vanno, così, a confluire nelle grandi tradizioni giuridiche, completando il quadro già delineato. Cfr. R. DAVID, *op.cit.*

<sup>7</sup>Cfr. N.J. COULSON, *Conflicts and tension in Islamic Jurisprudence*, Chicago, 1969, pag. 129. Le riforme avanzate dagli Stati più recenti evidenziano la compresenza dell'elemento religioso, che rimane eterno, e di quello sociale e statale, la cui origine "umana" lo caratterizza come secolare. Le

## CAPITOLO II

un sistema normativo oggi seguito da circa un quinto della popolazione mondiale, che per via delle specificità che lo compongono si contraddistingue per la presenza di profonde diversità rispetto a tutti gli altri ordinamenti oggi esistenti.

Si comincerà, pertanto, con il delineare le tappe storiche dell'evoluzione di un ordinamento giuridico a base religiosa costituitosi in luoghi e tempi lontani da quelli con i quali siamo abituati a confrontarci, per prendere poi in considerazione la natura delle fonti del diritto, secondo le impostazioni della dottrina classica, quale premessa per comprendere l'applicazione che hanno nell'odierno contesto giuridico.

Questo approccio è fondamentale giacché una ricerca avente come obiettivo l'approfondimento del modello costituzionale accolto nell'area islamica, come in questo caso, non può esimersi dall'analizzare il sistema delle fonti classiche di un diritto che, seppur non direttamente applicato dagli attuali ordinamenti, continua a produrre i suoi effetti sia sul sistema giuridico stesso, che nel contesto sociale. Il maggiore cambiamento di tale sistema si è avuto proprio negli ultimi due secoli, da quando cioè i sistemi di questa area, aprendosi alla modernità, hanno importato i modelli giuridici consolidati in Occidente, abbandonando la classica coincidenza tra religione e diritto. Ciò ha condotto all'introduzione di fonti "altre", estranee alla cultura indigena, intese come il prodotto dell'attività di organi "secolari", in quanto rispondenti a regole umane e non alla legge divina, come era stato fino all'epoca precedente. Nonostante ciò, il "diritto islamico" in *strictu sensu* e le sue fonti hanno continuato a trovare applicazione in rilevanti settori del diritto.

Da ciò l'interessante realtà di cui tali esperienze giuridiche sono riuscite a dotarsi, pervenute a soluzioni compromissorie tra la lettura tradizionale del diritto, fondato esclusivamente su una matrice divina, ed un'impostazione in cui si preserva il funzionamento delle istituzioni secondo i classici principi del costituzionalismo.

Il sistema giuridico musulmano, così, riveste una particolare rilevanza nei contemporanei scenari dei rapporti tra ordinamenti e giurisdizioni, motivo per cui il sistema delle fonti, la *shari'a* ed il richiamo ad essa meritano di essere compresi, prima di proseguire con l'approfondimento delle modalità in cui gli ordinamenti che

---

regole dello Stato islamico non hanno mai eliminato il ricorso al diritto "laico", tantoché le riforme in senso occidentale avviate hanno evidenziato una flessibilità ed una capacità di adattamento del sistema alle condizioni determinatesi, seppur sempre legittimati dal riferimento alla legislazione islamica.

si rifanno alla legge islamica si rapportano a specifiche dinamiche, come la questione dei diritti.

### *1. La shari'a ed il fiqh: origine divina ed umana del diritto islamico*

Il diritto musulmano si basa sulla *shari'a*, etimologicamente “via da seguire”, la quale si compone dell'insieme delle norme religiose, giuridiche e sociali che hanno come base le fonti sacre per eccellenza e che si assume disciplinino tutti i campi dell'attività umana, dal culto alle regole relative all'organizzazione dello Stato e della società.

La *shari'a* indica la via che ogni fedele musulmano deve seguire sia nel suo rapporto con Dio, che con gli altri credenti. Pertanto, essa disciplina sia l'insieme delle azioni riguardanti l'aspetto spirituale dell'essere credente o *'ibadat*, che quello attinente alla vita della comunità e dell'organizzazione sociale e politica o *mua'malat*, la cui osservanza comporta per i fedeli la promessa di un mondo migliore nell'aldilà. Per tal motivo, la legge islamica si costituisce come religione, diritto e morale.

Dal punto di vista strettamente giuridico, la *shari'a* stabilisce i principi e le regole che un giurista deve approfondire per comprendere il sistema nel suo insieme, e che corrispondono, in prima lettura, al credo ed alla fede islamica. Dalle “norme” di derivazione divina si perviene alla determinazione di un sistema giuridico costituito *in primis* dalle fonti sacre, quali il Corano e la *sunnah*, che rappresentano rispettivamente la rivelazione divina e la tradizione risalente al profeta. Quest'ultima, in particolare, ha offerto un paradigma “umano” attraverso cui comprendere le ingiunzioni divine e guidare i fedeli nella loro pratica quotidiana<sup>8</sup>.

Dalla *shari'a* in senso stretto si differenzia il *fiqh*, la disciplina attraverso cui gli studiosi interpretano la legge e che corrisponde alla giurisprudenza islamica. La differenza che intercorre tra la *shari'a* ed il *fiqh* è connesso alla diversa origine delle due scienze, laddove la prima discende direttamente dalla volontà divina, mentre il secondo è il prodotto di un'elaborazione umana. Se la *shari'a* è la retta via indicata

---

<sup>8</sup> Il profeta Maometto è stato descritto come una “scrittura corporale”, capace di rappresentare con la propria esistenza la rivelazione dettata direttamente da Dio. Cfr. M. I. DIEN, *Islamic law. From historical foundations to contemporary practice*, Notre Dame, 2004, pag. 35

## CAPITOLO II

nel Corano e nella *sunnah*<sup>9</sup>, quali fonti assolute e rivelate del diritto islamico, il *fiqh* è il corpo delle norme dedotte dalle *shari'a* stessa; questo ultimo, frutto delle interpretazioni (*ijtihad*) o del ragionamento indipendente (*ra'y*) dei giuristi, copre tutto quell'insieme di situazioni che non trovano disciplina direttamente nelle fonti sacre.

Weiss<sup>10</sup> identifica la differenziazione tra *shari'a* e *fiqh* definendo la prima quale il prodotto della legislazione sacra, in cui Dio è il soggetto ultimo che detta le norme della stessa, mentre il *fiqh* consiste nel ragionamento giuridico, in cui è l'uomo ad essere il soggetto ultimo della sua formazione, attraverso l'attività dei giuristi. Questa distinzione è fondamentale in quanto chiarisce come il diritto islamico nel suo complesso si componga di una parte molto importante che ha origine umana, basata sulla speculazione e sull'interpretazione del singolo, anche se attuata conformemente al dettato divino. L'interpretazione, pur seguendo il fine di comprendere la volontà di Dio, si trasforma nella formazione di norme giuridiche ispirate ai principi trascendentali che rispondono alle esigenze della comunità, determinando le norme che regolamentano la società stessa.

Tra le fonti dell'islam, invero, rilevano l'*igma* ed il *qiyas*, le quali come vedremo nei paragrafi successivi, pur avendo una giustificazione divina, rappresentano l'aspetto più "umano" del sistema delle fonti in seno all'ordinamento giuridico islamico<sup>11</sup>.

La *shari'a*, pertanto, quale legge religiosa rivelata, comprende dogmi, riti, precetti morali e giuridici, comunicata a tutti i popoli del Libro (musulmani, ebrei e cristiani) ma perfezionata con l'islam<sup>12</sup>. Il *fiqh* è l'estrarre dalle radici e dalle fonti le norme relative alla qualificazione sharaitica delle azioni del credente musulmano; dall'arabo "*fiqh*" può essere reso con "attività di comprensione profonda" dell'oggetto a cui ci si riferisce. Coulson lo descrive come "il tentativo speculativo finalizzato a comprendere i termini precisi dettati dalla legge di Dio"<sup>13</sup>, secondo una tradizione del profeta per cui *Allah* ha donato il *fiqh* della religione affinché gli uomini potessero

---

<sup>9</sup> Cfr. F. CASTRO, voce *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, 2001

<sup>10</sup> Cfr. B. WEISS, *The spirit of Islamic Law*, Athens, 1998, pag. 120

<sup>11</sup> Cfr. J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, 1995, pagg. 63 e ss.

<sup>12</sup> Dal punto di vista teologico, l'islam è la religione che chiude il ciclo delle apparizioni divine apertasi con la religione ebraica e continuate poi con quella cristiana. Tale motivo fa della stessa il credo perfetto per eccellenza contro il quale nessuno può opporsi.

<sup>13</sup> Cfr. N.J. COULSON, *Conflicts and tension in Islamic Jurisprudence*, cit. pag. 41

comprendere il suo volere. Per cui, in senso lato, esso va a determinare il corpo del diritto islamico, che è così dedotto. Mentre la *shari'a* è fissa ed immutabile, il *fiqh* muta e si evolve a seconda delle circostanze in cui lo stesso va ad applicarsi. Questo anche per la natura delle norme che li costituiscono: la *shari'a* ha un contenuto pressoché vago, al contrario del *fiqh* che è caratterizzato da principi esplicativi, a dimostrazione di come le norme generiche della legge islamica possano applicarsi nelle diverse circostanze<sup>14</sup>.

È grazie al *fiqh* islamico che si è determinata l'evoluzione dell'intero sistema e la sua adattabilità alle circostanze storiche che si sono via via andate determinando, tanto da caratterizzare il diritto islamico come un diritto prevalentemente giurisprudenziale, i cui principi fondamentali sono stati dati attraverso le interpretazioni delle diverse scuole giuridiche formatesi nel tempo e di cui oggi conosciamo le principali.

Le scuole o *madhhab*, così, strettamente legate al territorio di riferimento, hanno adottato regole differenti in contesti geografici diversi, rendendo “spaziato” quel concetto di diritto apicale o “meta-statale” con il quale è stata definita la *shari'a*.

Recenti autori<sup>15</sup> hanno, a tal proposito, tentato di ridefinire cosa sia la legge islamica non soltanto basandosi sulle sole fonti classiche, ma riferendo alle pratiche sviluppate dai giuristi nelle Corti islamiche, le quali operando senza un legislatore nel senso contemporaneo del termine, hanno determinato attraverso l'opera interpretativa molte delle regole e delle sanzioni vigenti nel sistema. In tal senso, il sistema sharaitico classico è stato assimilato al *common law* anglosassone, e non al *civil law* tipico della cultura giuridica europea continentale, quale tecnica di produzione normativa di fonte giurisprudenziale, seppur privo della vincolatività del precedente giudiziario.

La predominanza del diritto giurisprudenziale è venuta meno, però, negli ultimi secoli, soprattutto con l'avvento dell'impero Ottomano, da quando la legge dello

---

<sup>14</sup> In seno al libro sacro dell'islam si possono distinguere due differenti tipi di regole, definitive (*qat'i*) e speculative (*zanni*). Le prime, chiare e precise, sono direttamente esecutive, mentre le seconde, più vaghe, necessitano dell'opera dell'interprete per la loro applicazione. Il *fiqh* trova applicazione nelle materie regolate da questo secondo gruppo di norme.

<sup>15</sup> Sulla tensione tra la legge positiva e quella di base giurisprudenziale nell'islam, cfr. A.E. MAYER, *The shari'ah: a methodology or a body of substantive rules*, in N. HEEN (ed. by), *Islamic Law and Jurisprudence: Studies in honor of Farhat J. Ziadeh*, Seattle, 1990; N.J. BROWN, *Shari'a and State in the modern Muslim Middle East*, in G.N. PICKEN (ed. by), *Islamic Law*, London-New York, 2011

## CAPITOLO II

Stato, il *qanun*, è divenuta “fonte” del diritto, assottigliando la distinzione tra la norma di fonte legislativa e la regola di derivazione giurisprudenziale.

Il riferimento al *figh* ed alla *shari'a* richiama, invero, il dualismo tipico di questa scienza del diritto, che si impone partendo dalle sue fonti, e che ha garantito la stabilità del sistema nel corso del tempo, seppur ispirato ad una norma ultima di derivazione divina e come tale immutabile.

Il *figh* si caratterizza e si distingue dalla *shari'a*, dunque, per essere un prodotto umano che ha sofferto dell'influenza storica delle comunità in cui si è sviluppato ed applicato, caratterizzando la capacità di questi ordinamenti di adattarsi alle vicende del tempo, e che, anche dopo l'importazione dei modelli giuridici occidentali, sono stati in grado di inquadrare le nuove fonti quale forma di evoluzione del diritto stesso.

Ciò nonostante, con le riforme avviate nel corso del diciannovesimo e ventesimo secolo, questa differenza si è minimizzata fino a far diminuire l'impatto della giurisprudenza islamica, che è stata relegata alle sole materie giuridiche “classiche” che vedremo. L'avanzata del sistema europeo, tuttavia, non ha rappresentato la diretta negazione del modello islamico, e questo ultimo è riuscito a mantenersi come la roccaforte di alcune materie, grazie a quella valenza “giurisprudenziale” che lo ha sempre contraddistinto.

A differenza dell'evoluzione degli ordinamenti occidentali, invero, la legge islamica, non si è presentata quale un corpo giuridico avente la forma della “legge-codice” positiva, né di un documento normativo, ma quale insieme di valori che trascende il diritto così come anche i tempi e la storia<sup>16</sup>. In questo senso, la stessa ha offerto sin dalla sua formazione la valida alternativa “orientale” al sistema europeo, in cui il diritto divino prescinde e viene prima dello Stato e che, come tale, necessita di un intervento umano successivo *solo* al fine di tradurlo in regole positive che tutti possano seguire<sup>17</sup>.

In questa ottica si spiega la rilevanza della giurisprudenza islamica o *figh*, la quale ha sempre operato al fine di “estrarre” delle norme vincolanti per i soggetti

---

<sup>16</sup> Cfr. A. PREDIERI, *op.cit.*, pagg. 65-66.

<sup>17</sup> A questa impostazione si ricollegano i sostenitori delle tesi di un giusnaturalismo islamico, secondo i quali la legge divina o *shari'a* è la *norma normarum* che trascende qualsiasi comunità e limite statale, ed alla quale ogni regola o norma deve fare riferimento.

subordinati al sistema stesso, in cui il principio cardine è rimasto il pluralismo delle fonti, di origine divina ed umana, e delle interpretazioni date alla luce dei principi stabiliti dalla legge di Dio.

### *1.1 La shari'a e le dispute dottrinarie sulla sua origine: una questione ancora attuale*

Come l'opera di Joseph Schacht<sup>18</sup> insegna, forte è l'esigenza di ripercorrere le tappe storiche che hanno segnato la nascita e lo sviluppo del diritto musulmano al fine di comprendere la vera *ratio* che sottende tale sistema giuridico.

Diversi sono gli studi che si sono occupati di analizzare le origini del diritto e della giurisprudenza islamica, tra i quali, tuttavia, non esiste ancora oggi unanimità di orientamento. Si tratta di dispute di natura meramente teorica, ma di primaria rilevanza nella comprensione di tale sistema e del pluralismo/dualismo che lo caratterizza.

Schacht<sup>19</sup>, in particolare, non riconduce l'origine della *shari'a* alla nascita della comunità musulmana, coincidente cioè con il periodo di vita del profeta, ma al primo secolo che a questo è seguito, e nello specifico alla formazione delle scuole giuridiche, le quali, secondo lo studioso, sono state i soggetti principali che si sono adoperati per fornire un corpo di regole e di norme strutturate al nuovo sistema legale. Schacht sostiene che la nascita del diritto islamico sia coincidente con l'evoluzione delle scuole giuridiche e del *fiqh* da queste praticate, enfatizzando così l'elemento "umano" nella determinazione dell'ordinamento, corrispondente all'opera dei giuristi, e minimizzando la rilevanza della rivelazione e dell'opera del profeta.

A questa lettura si oppongono, tuttavia, alcune recenti ricerche<sup>20</sup>, le quali hanno riaperto la questione dell'origine delle fonti islamiche, evidenziando come i paradigmi a cui è giunto Schacht siano incorretti, in quanto è al solo periodo di vita del messaggero che bisogna rimandare per identificare l'origine storica del diritto musulmano. Secondo gli oppositori alla teoria di Schacht<sup>21</sup>, il presupposto di ogni

---

<sup>18</sup> Cfr. J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit.,

<sup>19</sup> Cfr. J. SCHACHT, *The origin of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford, 1950

<sup>20</sup> Fra tutti, cfr. W.B. HALLAQ, *The origin and evolution of Islamic law*, Cambridge, 2005

<sup>21</sup> Cfr. W. B. HALLAQ, *The origin and evolution of Islamic law*, cit.

## CAPITOLO II

sistema giuridico è quello di rendere possibile la vita sociale. Quando tale sistema è originato dall'uomo, allora esso riflette i valori predominanti della società in cui lo stesso si forma, e quelle stesse regole che vengono formalizzate in norme assumono un carattere di modificabilità, essendo modellabili al cambiare delle esigenze della società alla quale riferiscono. Tale impostazione non trova corrispondenza nel sistema islamico classico, dove il diritto ha un'origine di natura divina. *Allah* è il legislatore assoluto che fissa tutte le regole dell'ordinamento, cosicché la legge rivelata ha un carattere immutabile ed obbligatorio per tutti i credenti.

Di conseguenza, se la teoria di Schacht fosse corretta, l'idea di diritto islamico per come formulata non avrebbe base in quanto priva del fondamento "divino" che i fedeli musulmani gli riconoscono. Ciò spiega perché, e questo in particolare secondo al-Azami<sup>22</sup>, la legge ha origine esclusivamente con l'opera del profeta, il quale attraverso la sua predicazione ha dato vita ad un nuovo sistema di regole giuridiche, secondo il potere allo stesso conferitogli direttamente da Dio. Il sistema giuridico musulmano è sempre esistito, perché nato contestualmente alla formazione della prima comunità musulmana, il che comporta il rigetto di qualsiasi tesi che legghi la sua formazione a secoli successivi alla vita del messaggero.

Tali questioni evidenziano, quindi, come la materia dell'origine del sistema giuridico musulmano sia di grande attualità. Le due diverse tesi, quella di Schacht che pone particolare importanza alla giurisprudenza islamica ed all'opera delle scuole quali fonti "umane", e quelle degli studiosi che sostengono la sola origine "divina", dà evidenza delle due anime che compongono questo sistema, il divino e l'umano, e la pluralità delle fonti che lo contraddistinguono.

La storia dell'islam giuridico si è fin da subito caratterizzata intorno alla dialettica sulla natura divina del diritto e sulla questione del ricorso a strumenti logici, razionali e individuali da parte dei giuristi, necessari per l'interpretazione della legislazione divina. Ciò ha determinato la convivenza tra la "rivelazione" universale, valida e vincolante per tutta la comunità, e la presenza di interpretazioni individuali varie e

---

<sup>22</sup> Tra i principali critici di Schacht vi è Al-Azami, il quale sostiene che diversi sono i versetti e le evidenze che dimostrano come la *sunnah* riferisca all'insieme degli insegnamenti del messaggero raccolti poi dai suoi compagni e formalizzati dalle scuole giuridiche. Il fondamento del diritto islamico è da individuare infatti direttamente nella vita del profeta e non nelle interpretazioni che ne sono state date nei secoli successivi. Cfr. M.M. AL-AZAMI, *On Schacht's origin of Muhammad Jurisprudence*, Oxford, 1996

dal contenuto diversificato, attraverso cui è stata determinata la tradizione giuridica islamica.

Esaminando la storia dei primi secoli dell'islam, è possibile comprendere come e perché i musulmani hanno percepito l'autorità pubblica e la Costituzione islamica, la cui prima formazione è stata data dal profeta in un contesto caratterizzato da norme convenzionali ed usi distanti dalle norme introdotte dalla nuova fede. Maometto ha rappresentato, in questo senso, il primo legislatore "umano", il primo giudice ed il primo leader politico, il cui ruolo principale è stato quello di armonizzare la rivelazione divina con la realtà sociale.

Nei secoli successivi, lo sviluppo del sistema giuridico è stato basato sul principio della limitatezza della conoscenza umana e, come conseguenza, della tolleranza della diversità o del margine di errore o "*ikhtilaf*" applicato dalle scuole giuridiche, secondo cui qualsiasi interpretazione umana è sempre limitata e subordinata al volere divino. Ciò suggerisce come il pluralismo giuridico sia stato immanente all'intera epoca che è seguita alla rivelazione, informando tutta l'evoluzione giurisprudenziale di tale sistema di diritto, che si è manifestata poi in differenti modi e diverse scuole di pensiero giuridico.

### *1.2 Nascita ed evoluzione del sistema giuridico islamico: l'approccio storico*

Di là delle dispute sul "momento" fondante dell'ordinamento giuridico musulmano, l'approccio "storico" all'evoluzione del sistema sharaitico è fondamentale per comprendere l'origine della dualità delle fonti e delle principali peculiarità di questo sistema.

Nel far ciò, si può constatare come sia possibile suddividere questo percorso in grandi "tappe" dalla valenza storico-giuridica, che impongono come punto di partenza la rivelazione ad opera di Maometto. Queste si caratterizzano per una prima fase di "costituzione" e sviluppo del sistema giuridico, attraverso la formazione delle nuove tecniche per la sua delineazione, e per una seconda fase di "cristallizzazione", che ne limita l'evoluzione e fa del sistema un ordinamento giuridico compiuto.

Al primo stadio sono riconducibili la formazione e l'evoluzione delle Corti islamiche, *majlis al-qada*, e della figura del *qadi*, il giudice islamico, chiamato a

## CAPITOLO II

giudicare sulla base della legge dell'islam, ricorrendo ai principali strumenti di interpretazione utilizzati nell'attività giurisprudenziale, l'*ijtihad* ed il *ra'y*. Particolare rilevanza riveste lo sviluppo delle *madhhabs*, le scuole giuridiche, inizialmente formate intorno a circoli di studiosi di materie giuridiche o ad eminenti specialisti del diritto, poi istituzionalizzate e giunte fino ad oggi<sup>23</sup>.

Alla seconda fase rimanda, invece, il passaggio al *taqlid* o imitazione, ed il blocco dell'attività dei giuristi islamici, il quale ha da lì caratterizzato il sistema nella forma che ancora oggi conosciamo, connotandolo come rigido e conservatore.

Si tratta di due stadi importanti che percorrono la strutturazione di un sistema giuridico che dalla rivelazione ha individuato le tecniche "umane" per la sua formazione e sviluppo fino alla stessa stabilizzazione.

Tale ricostruzione risponde all'esigenza di esaminare le vicende che hanno fatto dell'islam un sistema giuridico oltre che una religione, per intendere quanto oggi non si possa parlare di diritto musulmano o di Stati islamici senza ricondurre l'esistenza di questi ad un unico fondamento che ha avuto e continua ad avere natura trascendentale.

### *1.2.1 La formazione del sistema giuridico musulmano. Dal periodo pre-islamico alle prime scuole giuridiche*

L'esigenza di ripercorrere le tappe storiche che hanno segnato la nascita e lo sviluppo del diritto musulmano include la necessità di iniziare con il considerare la comunità ed il grado di sviluppo sociale in cui il diritto musulmano si è diffuso prima ancora che la nuova dottrina giuridica nascesse. Si parla così di Arabia "preislamica"<sup>24</sup>, termine che configura non soltanto un territorio geografico, ma anche un diritto consuetudinario, provvisto di regole, usi, tradizioni e convenzioni, estraneo alle norme ed ai doveri che nei secoli successivi hanno costituito la disciplina giuridica di tale area.

---

<sup>23</sup> All'evoluzione di natura giuridica bisogna affiancare il ruolo del potere politico ed, in particolare, dei califfi. Le diverse epoche che si sono susseguite, hanno contribuito alla diffusione del pensiero islamico attraverso la formazione di un sistema amministrativo e giurisdizionale fondato sul dettato sharaitico. Per tali motivi, secondo i giuristi classici, il caso islamico rappresenta il primo esempio di "rule of law" della storia umana.

<sup>24</sup> Cfr. J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit.

È in questo contesto che appare la personalità di Maometto, il quale nel 622 d.c. si presenta nella figura del profeta ed allo stesso tempo dell'*hakam* (arbitro), la persona terza alla quale spetta risolvere le controversie sorte tra le parti, secondo una consuetudine del tempo largamente diffusa. Una volta scelto, l'*hakam* diventa il commentatore della *consuetudine normativa* o *sunnah*, l'insieme delle tradizioni compiute dagli avi degne di essere osservate dall'intera comunità araba e come tali vincolanti, ed alle quali l'arbitro deve ricorrere nel dirimere le controversie, limitando la possibilità di creare nuove situazioni difficilmente gestibili.

Il profeta si inserisce, dunque, in un contesto dominato da un avanzato diritto consuetudinario, ed è in questa circostanza che avvia la sua missione, che si costituisce nell'insegnamento degli obblighi a cui ogni musulmano deve attenersi, secondo la rivelazione di Dio contenuta nel Corano<sup>25</sup>.

Alla morte di Maometto nel 632 d.c. segue il periodo dei Califfi di Medina (632-661), i capi religiosi e politici della prima comunità islamica. Queste prime generazioni sono considerate tra le più importanti per la storia del diritto musulmano, in quanto è in questa fase che si consolidano le prime istituzioni giuridiche islamiche, derivanti da un'opera di integrazione tra le vecchie consuetudini preislamiche ed i nuovi precetti previsti dalla rivelazione. Il Corano diventa la legge delle leggi, al quale ricorrere per applicare le norme che il profeta ha diffuso, sia alla Mecca che a Medina, e la *sunnah* del profeta si consolida come la raccolta dell'insieme delle risposte a questioni presentate dai seguaci del messaggero, ai quali i fedeli della nuova religione devono adeguarsi.

In questa fase, i "Califfi ben guidati" sono riconosciuti sia come sovrani, che come amministratori supremi, in assenza di un principio di separazione tra il potere normativo e quello amministrativo, che rimangono così concentrati nelle loro mani. La rapida espansione della comunità induce, però, i califfi a ricorrere a nuove fonti al fine di risolvere le questioni non trattate nelle due fonti per eccellenza. Si sviluppano l'*igma* e l'*ijtihad*, quali tecniche giuridiche finalizzate ad estrapolare dalle fonti nuove norme, necessarie per rispondere alle nuove circostanze incontrate. Il ricorso a

---

<sup>25</sup> E' questo il motivo che spiega il perché il diritto musulmano si è costituito in maggioranza di doveri ed obbligazioni di natura religiosa, morale ed etica, lasciando poco spazio ai diritti ed alle libertà.

## CAPITOLO II

tali tecniche ha fatto sviluppare, tra l'altro, anche delle nuove procedure, diventate poi le base del *fiqh* islamico<sup>26</sup>.

Dal punto di vista tecnico-giuridico, invero, i "Califfi ben guidati" estraggono le norme dalle fonti divine, il Corano e la *sunnah*, ma avallano il ricorso al consenso unanime (*igma*) della comunità al fine di individuare una soluzione condivisa per risolvere il problema. Solo in mancanza dell'unanimità, procedono per maggioranza assoluta, e nel caso di mancato consenso, anche maggioritario, ricorrono all'*ijtihad*, l'interpretazione individuale. Il *fiqh* assume da questo periodo una connotazione realistica, volto cioè a dare una risposta diretta alle questioni della comunità, dotando il diritto di elementi di flessibilità dati dalla presenza di diverse opinioni personali.

Con i primi capi politici, dunque, si sviluppa la metodologia giuridica islamica, la legislazione divina comincia ad essere gradualmente diffusa ed i principi del nuovo sistema giuridico accettati, compresi ed applicati.

Tali circostanze si consolidano sotto la dinastia degli Ommayyidi (661-750), i quali dopo aver rovesciato il governo dei "Califfi di Medina", avviano una nuova strutturazione della comunità musulmana. Gli stessi puntano ad islamizzare la società ed a migliorare l'organizzazione della burocrazia, al fine di superare l'anarchia determinatasi dopo il periodo disordinato dei primi sovrani<sup>27</sup>.

È durante il califfato degli Ommayyidi che si istituisce la figura del giudice musulmano o *qadi*, definito da Coulson<sup>28</sup> come "il giudice speciale", che sostituisce l'*hakam* arabo, a cui il califfo riconosce un'autorità amministrativa, legislativa e soprattutto giudiziaria<sup>29</sup>. Ma con l'inevitabile conflitto tra l'amministrazione statale e

---

<sup>26</sup> Durante tutto il primo secolo dell'*egira* il diritto musulmano in senso tecnico non è ancora costituito, motivo che spiega il perché sono stati accolti istituti dei sistemi giuridici dei territori conquistati, quale per esempio l'*opinio prudentium* del diritto romano, dal quale è scaturito quel sistema decisionale fondato sull'unanimità dei consensi, o anche l'istituto dell'analogia ed alcuni criteri guida del ragionamento giuridico, importati dal diritto rabbinico e da quello sasanide persiano.

<sup>27</sup> Con gli Ommayyidi la *sunnah* si consacra definitivamente come tradizione risalente al profeta e si impone come seconda fonte del diritto musulmano. Intorno alla stessa si sviluppa un intenso studio volto a stabilire l'autenticità del complesso degli *hadith* che la compongono. Le tradizioni erano state infatti inizialmente trasmesse nella forma orale, condizione per cui diversi sono stati gli studi finalizzati a stabilire la loro autenticità, in modo da annoverarle tra le fonti del diritto.

<sup>28</sup> Cfr. N.J. COULSON, *A history of Islamic law*, Edinburgh, 1964, pag. 28

<sup>29</sup> Ciò che è vero è che il giudizio dei giudici islamici non ha natura semplicemente religiosa, ma unisce le regole islamiche a quelle amministrative e statali, per cui il Corano non è l'unica fonte del diritto del periodo. Il che motiva anche perché il dettato coranico sia stato disatteso, alla luce delle interpretazioni dei giuristi e delle norme applicate dal potere politico dell'epoca, data anche la forte influenza degli usi e dei costumi locali.

le nuove classi di giuristi emergenti, il ruolo del *qadi* comincia a trasformarsi in garante del diritto islamico e delle sue fondamenta<sup>30</sup>.

Dal punto di vista della tecnica giuridica, questa fase si contraddistingue per il notevole aumento del ricorso all'*ijtihad* e per l'accantonamento dell'*igma*, a causa della dispersione territoriale del nuovo impero. Si sviluppa la narrazione degli *hadith* e si avvia la fase della compilazione del *figh*, anche grazie alla costituzione delle scuole giuridiche o *maddhabs*, la cui pluralità causa la perdita del precedente principio della consultazione tra i giuristi ed il seguente aumento dell'*ijtihad* individuale. L'utilizzo del *ra'y*, il ragionamento individuale, apre le porte a nuove forme di individuazione della regola giuridica, estrapolata dal testo sacro attraverso il ragionamento del singolo. Esso si costituisce quale una tecnica inevitabile nel processo di formazione della norma giuridica islamica, nella convinzione che la costruzione del sistema islamico passi attraverso l'interpretazione umana delle disposizioni coraniche e della *sunnah*.

È con il periodo ommayyde che prende avvio, così, la pluralizzazione delle fonti del diritto islamico, che comporta in prima istanza la perdita, per il sistema giuridico, di quella unità che lo aveva caratterizzato durante l'epoca dei primi califfi, introducendo nel sistema norme e regole di origine umana, che verranno meglio esaminate nei prossimi paragrafi.

Questa pluralizzazione è ben rappresentata dalle prime scuole giuridiche che sorgono intorno a figure eminenti e specialisti del diritto, *ulama* (dottori) e *fugaha* (giuristi), le cui interpretazioni dotano il diritto musulmano di un impianto autentico, costituito dall'integrazione di precetti etici e religiosi. Tra queste si ricordano quelle di Kufa e di Bassora in Iraq, di Medina e di Mecca in Higiāz. In Egitto non sorge alcuna scuola giuridica, ma molto forte è l'influenza della scuola di Medina.

Ogni singola scuola è fonte di una dottrina autonoma, con differenze che si giustificano in base alla diversa dislocazione geografica, alle eterogenee tradizioni giuridiche e convenzioni, alle differenti condizioni sociali dei territori di riferimento ed alla quasi incomunicabilità tra le stesse. Le scuole irachene divengono ben presto le principali, caratterizzando così la diffusione della dottrina islamica. La scuola di

---

<sup>30</sup> Le sentenze dei *qadi* hanno rappresentato le prime fondamenta del diritto musulmano, tantoché durante la fase successiva l'assunzione di tale carica si riconosce a specialisti del diritto, per mezzo dei quali lo sviluppo del diritto musulmano diventa ancora più evidente.

## CAPITOLO II

Kufa per esempio, diviene la principale a basare le proprie attività speculative sul ricorso alla pratica dell'*ijtihad* e del *ra'y*.

Questi strumenti costituiscono la prima vera istituzionalizzazione del ricorso a metodi di ragionamento autonomo ed individuale ai quali gli studiosi ricorrono nell'interpretazione dei testi sacri.

È in questo stadio che il concetto di consenso dell'intera comunità (*igma*) si sposta verso il consenso degli specialisti in diritto<sup>31</sup>, passando dall'anonimato alla sua ascrizione ad una tradizione di una delle personalità del passato. Tale procedimento prende il nome di *taqlid* (imitazione), attraverso il quale è stata associata ogni scuola ad un "compagno del profeta", contribuendo così ad accreditare ulteriormente la dottrina delle singole scuole ed ad avviare la fase di cambiamento nell'evoluzione del diritto musulmano, che assume, così, caratteri sempre più personali.

Sulla pluralità delle scuole si è basato il consolidamento del pluralismo giuridico all'interno del diritto islamico, un pluralismo che è consistito nella presenza di interpretazioni diverse, di fonte umana, ognuna delle quali dotata di una propria legittimazione. Le prime scuole hanno permesso, cioè, che in seno a tale contesto legalistico si sviluppassero diversi orientamenti giurisprudenziali, ammettendo plurime e diversificate soluzioni giuridiche per una determinata questione<sup>32</sup>.

### 1.2.2 La stagnazione del sistema giuridico islamico ed il *taqlid*

Nel 132 dell'*egira* (750 d.c.) prende avvio la dinastia degli Abbassidi. Il processo di formazione del diritto musulmano, già sufficientemente avanzato, in questa fase arriva al suo completamento ed il *fiqh* diventa una scienza giuridica autonoma.

I nuovi sovrani, al fine di distinguersi dai loro predecessori, perseguono la precisa volontà di stabilire la legge di Dio sulla terra, ufficializzando l'impostazione religiosa, per cui la legge divina regola gli affari dello Stato e le scuole giuridiche, fiorite nel corso del secolo precedente, trovano legittimazione ufficiale.

---

<sup>31</sup> Cfr. W.B. HALLAQ, *A history of Islamic legal theories: An introduction to Sunni usul al-fiqh*, Cambridge, 1997, pag. 20

<sup>32</sup> La questione è stata trattata in particolar modo da Shahar, che si è occupata del rapporto "istituzionale" esistente tra le diverse scuole e del modo in cui i *qadi*, i giudici islamici, appartenenti alle stesse hanno interagito tra loro. Cfr. I. SHAHAR, *Legal pluralism and the study of shari'a Courts*, in *Islamic law and society*, n. 15, 2008, pagg.112-141

Il diritto musulmano diventa l'unico sistema giuridico legittimo, ed il *qadi* il vero esperto di diritto da consultare in tutte le questioni concernenti la materia religiosa.

Con gli Abbassidi, altresì, per la prima volta sono definiti i poteri del califfo alla luce dalle norme stabilite per la realizzazione dello Stato islamico. Essendo il capo assoluto della comunità musulmana, il califfo è vincolato alla legge divina, per cui ne consegue il riconoscimento di un mero potere amministrativo, inteso come attività di promulgazione della legislazione divina, nei limiti stabiliti dalla legge.

Sotto il profilo giuridico, si avvia la trasformazione delle antiche scuole, un nodo rilevante per la comprensione dell'ordinamento islamico. Il processo di personalizzazione del diritto arriva al suo culmine<sup>33</sup>, così la scuola di Kufa vede il concentrarsi dei seguaci di Abū Hanifa, divenendo scuola *hanafita*, mentre in quella di Medina si concentrano i sostenitori di Ibn Malik, i cui insegnamenti conducono alla formazione della scuola *malikita*. Altra scuola personale è quella di Shafi'i, dal quale il nome di scuola *shafiita*, e quella basata sulle teorie di Ibn Hanbal, da cui prende forma la scuola *hanbalita*.

Questa fase "d'oro" del sistema giuridico musulmano comincia ad arrestarsi però negli ultimi anni dell'era abbasside, quando la dottrina giuridica comincia ad irrigidirsi, e si consolida la convinzione che ogni aspetto della vita dell'uomo musulmano sia già stato trattato, per cui nulla di nuovo può essere aggiunto.

La dottrina si considera perfetta. Così, molti settori della società islamica cominciano a mostrare un comportamento di chiusura verso l'utilizzo dell'*ijtihad*, con l'emersione del fenomeno del *taqlid*, imitazione o conformazione, il quale impone alle successive generazioni di riconoscere le deduzioni, le interpretazioni ed i ragionamenti giuridici della prima comunità di giuristi come finali e vincolanti. Si impone, in altre parole, il fenomeno tradizionalmente noto come la "chiusura della porta all'*ijtihad*".

---

<sup>33</sup> Altre scuole avevano fatto la loro comparsa, ma solo le prime quattro sono state considerate le "ortodosse o sunnite". Degna di menzione è, comunque, la scuola *zahirita* ispirata agli insegnamenti di Dawud ibn Halaf, e che si distingue per una posizione più radicale rispetto alle altre. Secondo i seguaci di Halaf le uniche due fonti dalle quali bisognava trarre gli obblighi per il credente musulmano erano il Corano e le tradizioni risalenti al profeta. Nessun tipo di dovere risultante da un'interpretazione di origine umana doveva essere pertanto tollerato. È stata proprio questa rigidità a causare la sua involuzione, scomparendo presto dalla scena giuridica.

## CAPITOLO II

Mentre l'*ijtihad* riferisce all'arte di dedurre una norma giuridica dalla sua fonte originale, il *taqlid*<sup>34</sup> riferisce alla successiva fase, quella dell'adozione acritica di azioni ed opinioni poste in essere da altri, senza chiederne le ragioni. La base razionale del *taqlid* è, quindi, la consapevolezza che il ragionamento a cui sono arrivati i grandi giuristi islamici non possono essere più superati nella conoscenza delle scritture sacre. Lo stesso traduce l'accettazione degli insegnamenti di chi è venuto prima, che nel caso islamico diventa "aderenza acritica" alle dottrine di una scuola ed alle sue tradizioni<sup>35</sup>.

Di fatto questo fenomeno, conosciuto anche come "chiusura della porta al ragionamento individuale", è una delle più importanti questioni dell'ultima fase del diritto e della giurisprudenza islamica tradizionale<sup>36</sup>, caratterizzata dal superamento dell'*ijtihad* individuale e dalla separazione tra tutte le scuole giuridiche. Il *fiqh* si trasforma in semplice trasposizione di quanto già detto nelle epoche precedenti, perdendo il carattere di creazione che lo aveva contraddistinto. Come conseguenza, ai giuristi non spetta più la individuazione di nuove norme ma la sola spiegazione, applicazione ed interpretazione della dottrina precedentemente elaborata, ritenuta perfetta. Il *taqlid* comporta, invero, la limitazione della speculazione individuale, divenendo la tecnica che circoscrive l'attività dei giuristi, ai quali spetta solo ricercare la corretta opinione nelle fonti senza dare risposte per mezzo dell'interpretazione individuale. Esso, quindi, non ha implicato l'abolizione della scuola giuridica e delle sue attività, ma sicuramente una sua modifica.

La rigidità dell'imposizione del *taqlid* ha, inoltre, determinato l'avanzamento di governi dispotici ed autoritari, creando un clima di accondiscendenza all'uso del potere che si ritrova oggi nelle ideologie fondamentaliste, le quali enfatizzano il

---

<sup>34</sup> Cfr. B.G. WEISS, *Taqlid*, in J.L. ESPOSITO, *The Oxford encyclopedia of the modern Islamic World*, Oxford, 1995, vol. 4, pagg. 187- 189

<sup>35</sup> Mumisa, ricorda come anche le dottrine delle scuole giuridiche classiche siano state contrarie all'imposizione del *taqlid*. Gli stessi maestri, infatti, si sono opposti nei loro insegnamenti all'aderenza critica nei confronti di una dottrina data. Così, Abu Hanifa, ha insegnato ai suoi studenti l'attitudine al pensiero indipendente ed all'uso della ragione sotto la guida del Corano e della *sunna*. Allo stesso modo, l'Imam Malik, ha ammesso il pluralismo e la diversità di opinioni. Anche l'Imam Shaf'i ha studiato le due dimensioni degli *hadith* e del *ra'y*, nel tentativo di trovare una convergenza tra le posizioni più tradizionaliste e quelle più razionaliste. Infine, Hanbal, fondatore della scuola *hanbalita*, ha portato avanti una dottrina di avversione per il *ra'y* e la stretta aderenza ai testi degli *hadith*, pur considerando la ragione e l'analogia fonti sussidiarie della legge islamica, ed ammettendo lo spazio per il ragionamento individuale. Cfr. M. MUMISA, *Islamic Law. Theory and interpretation*, Beltsville, 2002, pagg. 147 e ss.

<sup>36</sup> Cfr. W. MENSKI, *op. cit.*, pag. 339

*taqlid*, rinunciando al ricorso a qualsiasi strumento che favorisca il cambiamento e lo sviluppo sociale.

Per Mumīsa<sup>37</sup>, il *taqlid* e la chiusura della porta all'interpretazione sono state le cause del blocco della creatività giurisprudenziale e dell'arrivo di dottrine straniere quali il secolarismo. Così, se il sistema del *taqlid* è stato stabilito al fine di proteggere la comunità islamica dagli attacchi esterni, è anche vero che lo stesso ha imposto un sistema rigido alla flessibilità ed alla pluralità che ha caratterizzato il contesto islamico ed i suoi insegnamenti dei primi secoli.

Resta come dato certamente indiscutibile che la l'imposizione del *taqlid* sia stata una delle scelte che ha maggiormente contribuito a rafforzare la stabilità del sistema giuridico musulmano ed a farlo sopravvivere nel tempo, secondo la sua versione originale. Questa ha determinato, difatti, il mantenimento dell'unità del mondo islamico dinanzi alla minaccia di disgregazione al quale stava andando incontro quando nel 1258 il califfato degli abbassidi è stato rovesciato con la presa di Baghdad da parte dei mongoli. Pertanto, per mezzo del *taqlid*, il diritto musulmano è riuscito a dimostrare la sua durevolezza soprattutto in vista delle mutevoli innovazioni che la storia umana ha prodotto, creando, suo malgrado, anche il "rovescio della medaglia", con l'incremento dei problemi in termini di adattabilità ai cambiamenti realizzatesi nel confronto con la storia.

La maggioranza dei testi e degli studi sul tema hanno riportato semplicemente che la porta dell'interpretazione sia stata chiusa al fine di bloccare il sistema giuridico alle sole evoluzioni datane fino al periodo medievale, determinandone l'irrigidimento. È questa una interpretazione restrittiva, ma è indubbio che l'accesso all'interpretazione sia stato da quel momento limitato o "velato", per mezzo dell'imposizione di un filtro per tutte le questioni di carattere giuridico presenti e future.

La mancanza di una evoluzione in senso giuridico spiega anche l'introduzione, con l'avvento della modernità giuridica, di Codici stranieri quale modalità per colmare il vuoto del sistema giuridico classico, seppur non siano mancati giuristi favorevoli alla

---

<sup>37</sup> Cfr. M. MUMISA, *op.cit.*

riapertura all'*ijtihad*, tra i quali le linee riformiste ed i sostenitori del cosiddetto *neo-ijtihad*<sup>38</sup>.

### *1.3 Le conseguenze della chiusura all'ijtihad: mufti, qadi e califfi nello sviluppo del diritto islamico*

Come la dottrina classica vuole fare intendere, con la chiusura delle porte all'*ijtihad* il diritto islamico ha avviato una fase di cristallizzazione delle norme fino a quel momento delineate. In realtà, non pochi sono gli studiosi in dottrina che hanno considerato come, nonostante l'imposizione del *taqlid*, l'interpretazione e l'attività intellettuale dei giuristi islamici non sia stata definitivamente arrestata, evidenziando le capacità di risposta insite nell'ordinamento musulmano alla limitazione dell'interpretazione<sup>39</sup>. Secondo tale impostazione, per rispondere all'imposizione del *taqlid* il diritto musulmano è riuscito a sviluppare delle soluzioni innovative che hanno assicurato la continuità nello sviluppo del diritto stesso, garantendo la produzione dell'indagine giuridica<sup>40</sup>. Ciò è stato possibile attraverso l'attività giudiziale dei *qadi*, i decreti dei califfi e le *fatwa* dei *mufti*.

Tra questi, le *fatwa* sono le più rilevanti, seppur non annoverate tra le fonti del diritto islamico, ma legittimate dalla tradizione attraverso il ricorso all'*hadith* "qualsiasi cosa che sia considerata buona dalla comunità musulmana, è buona anche agli occhi di Dio". Nel tempo, difatti, i *qadi* si sono privati del loro principale ruolo nello sviluppo del diritto musulmano, e la chiusura della porta all'interpretazione ha fatto venire meno la loro autorità giuridica. Se i loro interventi hanno mantenuto un ruolo predominante nella fase iniziale, soprattutto nell'opera di incorporazione delle tradizioni nel diritto islamico ufficiale, in una seconda fase questa figura è stata superata dai *mufti*. Sono stati proprio questi ultimi a divenire i soggetti devoti all'interpretazione delle dottrine, partecipando attivamente al processo di evoluzione

<sup>38</sup> Tra gli esponenti della linea riformista, bisogna ricordare Taymiyah, al-Shawkani, al-Afghani, Rasheed Rida, fino ad arrivare al padre della fratellanza musulmana, Hasan al-Banna. Cfr. A.A.B. PHILIPS, *The evolution of fiqh*, Riyad, 2006, pagg. 140-149

<sup>39</sup> Cfr. M. HOEXTER, *Qadi, mufti and ruler: their roles in the development of Islamic law*, in R. SHAHAM (ed. by), *Law, Custom and statute in the Muslim world. Studies in honor of Aharon Layish*, Leiden- Boston, 2007

<sup>40</sup> Cfr. W. MENSKI, *op. cit.*, pag. 339

del diritto<sup>41</sup>. A questi si sono aggiunti i detentori del potere politico, quali califfi, sultani ed imperatori, i quali nell'esercizio della loro opera "interpretativa" della legge divina, non hanno mancato di influenzare l'attività giuridica, imponendo la decisione ritenuta preferibile per il bene dello Stato o della comunità<sup>42</sup>.

Pertanto, i decreti di natura politica e le *fatwa* rappresentano gli strumenti che sono stati ammessi nell'opera di adattamento del sistema giuridico alle circostanze storiche, seppur senza essere "fonti" vincolanti, secondo il sistema giuridico classico. Il loro contenuto è stato in grado di colmare spesso i vuoti lasciati dal *taqlid* e dall'assenza dell'interpretazione ufficiale, per mezzo di soluzioni pratiche capaci di dare risposte alla indeterminatezza nelle diverse soluzioni giuridiche via via prospettate.

Anche Hallaq<sup>43</sup> sostiene che la chiusura della porta all'*ijtihad* non ha mai trovato vera traduzione sostanziale. L'*ijtihad* è un dovere religioso, essendo questa l'unica tecnica attraverso cui vagliare la volontà divina in presenza di un nuovo caso. Per questo, conclude Hallaq, la porta non è mai stata veramente chiusa ed il diritto non si è effettivamente cristallizzato, ma si è "evoluto" grazie *in primis* all'attività dei *mufti*, i quali hanno continuato a fare ricorso al ragionamento individuale nella definizione delle loro opinioni autorevoli. In questo senso, il *taqlid* è diventato semplice accettazione delle teorie dei precedenti di illustri giuristi, la loro consacrazione, senza inficiare però l'evoluzione futura. Se è vero, dunque, che con l'imposizione del *taqlid* il diritto islamico si è rallentato nella sua evoluzione, soprattutto giurisprudenziale, non si può accettare che esso si sia del tutto bloccato.

Il diritto islamico, come ogni diritto religioso, ha continuato a necessitare sempre di un intervento umano affinché dogmi e principi divini potessero adattarsi alla realtà sociale, ed il *mufti* ha sostituito in questo senso il ruolo svolto inizialmente dai giuristi nelle scuole giuridiche.

---

<sup>41</sup> Hallaq sostiene come il ruolo svolto dai *mufti* sia stato di gran lunga più importante rispetto a quello svolto dai *qadi*. L'evoluzione a cui questi ultimi sono andati incontro li ha trasformati in meri funzionari pubblici alle dipendenze dello Stato, divenendo dei semplici consiglieri del detentore del potere politico. La stessa crisi del diritto islamico tradizionale si è evidenziata con il passaggio del potere giurisdizionale a quello statale, con l'assimilazione dei giudici islamici ai funzionari statali ed il loro asservimento al potere politico, come è stato per esempio durante il periodo ottomano. Cfr. W. B. HALLAQ, *Juristic authority vs State power. The legal crises of modern Islam*, in G.N. PICKEN, (ed.by), *Islamic Law. Critical concepts in Islamic Studies*, London, 2011, pagg. 75-90; K.S. VIKOR, *Between God and the Sultan. A history of Islamic law*, London, 2005

<sup>42</sup> Cfr. M. HOEXTER, *op.cit.*, pag. 78-79

<sup>43</sup> Cfr. W.B. HALLAQ, *Juristic authority vs State power. The legal crises of modern Islam*, cit., pag. 5

La chiusura, in altre parole, ha determinato la ricerca di nuove tecniche, confermando l'esistenza di una tensione verso il ragionamento e l'interpretazione propria di questo ordinamento. Questo senza sminuire la natura di tale diritto, che è prima di tutto un diritto divino, trascendente le posizioni dei singoli e di qualsiasi formazione di tipo sociale o statale.

## 2. *Il sistema delle fonti del diritto islamico e la teoria di al-Shafi'i*

Il diritto musulmano si compone di un complesso di norme che hanno fondamento nella rivelazione divina, seppur la pluralità di obblighi e doveri che stabilisce presentano, come più volte ricordato, origine sia soprannaturale che umana, considerato che molte delle prescrizioni cui i fedeli musulmani devono obbedire hanno fonte nelle interpretazioni date dai giuristi o dai dottori della legge<sup>44</sup>.

Come visto, secondo l'ordinamento giuridico musulmano, la *shari'a* è la legge rivelata deputata a disciplinare il foro interno, ma soprattutto a regolare la condotta umana che si esplica nel foro esterno, ossia nella comunità politica. In questa ultima accezione essa si avvicina al *fiqh*, secondo la definizione data dello stesso, quale scienza cui spetta il compito di estrarre dalle fonti sacre le norme a cui ogni musulmano deve adeguarsi.

Questa differenziazione si riproduce nella scienza del diritto, *'ilm al-fiqh*, che si compone di due parti, le radici o fonti primarie, le *usul al-fiqh*, ed i rami o fonti secondarie, le *furu al-fiqh*. Al primo gruppo fanno riferimento le quattro fonti "ufficiali" del diritto islamico, quali il Corano, la *sunnah*, l'*igma*, ed il *qiyas*; nel secondo sono comprese materie di diritto penale processuale, di diritto privato e commerciale, di diritto pubblico e costituzionale, in cui si rinviene la materia che riferisce all'organizzazione ed al funzionamento della cosa pubblica, *al-ahkam al-sultaniyya*, e che dal punto di vista strettamente giuridico ha natura "amministrativa" ma non "legislativa", poiché frutto dell'intervento del singolo.

È al giurista Ibn Idris al-Shafi'i (767-820) che si deve la sistematizzazione delle fonti ufficiali del diritto islamico, il quale nella sua opera ha fatto propria la teoria secondo cui "la conoscenza della legge di *Allah* non può che essere dedotta dalla rivelazione

---

<sup>44</sup> Cfr. M.I. DIEN, *op. cit.*

divina. Al di fuori dal Corano, le uniche fonti giuridiche legittimate sono le decisioni ed i precedenti risalenti al profeta”<sup>45</sup>.

Hallaq<sup>46</sup> ha evidenziato, a tal proposito, come nonostante la centralità assicurata dalla teoria di al-Shafi’i al Corano ed alla *sunnah* come uniche fonti materiali del diritto islamico, la stessa abbia riconosciuto la presenza di un “inevitabile” ruolo di origine umana nel processo di *law making*, per cui alle due fonti divine sono state affiancate le altre due fonti “umane” del diritto, il consenso o *igma* e l’analogia o *qiyas*. È attraverso questo “compromesso” che la teoria di al-Shafi’i ha riconosciuto la legittimità delle fonti di origine umana, seppur nei limiti di quanto stabilito dalle fonti divine.

Alle fonti ufficiali si affiancano i criteri interpretativi seguiti dalla giurisprudenza, e rappresentanti le *furu al-fiqh*, alle quali non spetta creare nuove regole, quanto quello di “scoprire”, attraverso l’interpretazione, i principi desumibili dai testi divini e di applicarli anche ai casi per i quali la norma coranica non stabilisce alcunché.

Schacht ha valutato negativamente la teoria di al-Shafi’i, ritenendola la fonte della chiusura e della inamovibilità del sistema musulmano<sup>47</sup>, dacché non riconosce l’importanza delle fonti di origine umana, il cui ricorso è giustificato solo dalla “necessità” di rendere quelle sacre applicabili al contesto sociale della comunità musulmana. Al contrario, studiosi contemporanei hanno supportato la teoria di al-Shafi’i<sup>48</sup>, sottolineando come l’enfasi posta sul Corano e sulla *sunnah* da parte della dottrina classica non è da considerarsi come un esempio di inflessibilità del sistema giuridico musulmano. La stessa, per quanto tradizionalista, è stata in grado di accogliere la distinzione tra diritto divino e diritto secolare, frutto dello sforzo creativo ed interpretativo umano, che caratterizza questo ordinamento giuridico, riconoscendo entrambi gli elementi, seppur secondo una logica di sovra-ordinazione del primo sul secondo.

La teoria di al-Shafi’i, finalizzata a sistematizzare il sistema delle fonti e ad unificare il sistema giuridico islamico nella diversità delle interpretazioni delle scuole, ha costituito una scuola intorno alla giurisprudenza del suo fondatore, che ha assunto la

---

<sup>45</sup> Cfr. N. J. COULSON, *A history of Islamic law*, cit. pag.61

<sup>46</sup> Cfr. W.B. HALLAQ, *A history of Islamic legal theories: An introduction to Sunni usul al-fiqh*, cit., pag.18

<sup>47</sup> Cfr. J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pag. 47

<sup>48</sup> Cfr. W.B. HALLAQ, *Shari’a. Theory, practice, transformations*, Cambridge, 2009

denominazione di scuola *shafiita*, che costituisce una delle quattro scuole sunnite ortodosse pervenute fino ad oggi.

È proprio dall'approfondimento sulle quattro scuole sunnite attualmente esistenti che si apre questo paragrafo dedicato alle fonti del diritto, in quanto la dottrina delle stesse dà evidenza delle diversità delle soluzioni adottate con riferimento all'accettazione di strumenti logico-razionali di origine umana nella teoria dell'interpretazione.

### *2.1 Le scuole giuridiche ed il pluralismo dell'interpretazione dei testi islamici*

Il sistema giuridico islamico si è sviluppato grazie all'apporto delle grandi scuole giuridiche diffuse nei primi secoli dell'islam.

Come ricordato nei paragrafi precedenti, quattro sono le *maddhahib* ortodosse sviluppate ed arrivate fino ad oggi, esponenti di dottrine divergenti ma tutte ugualmente legittime, secondo il principio del pluralismo giuridico islamico, che riconosce ad ogni musulmano la libertà di scegliere liberamente a quale dottrina appartenere, con la facoltà altresì di cambiare<sup>49</sup>.

Un presupposto di particolare rilevanza che ha consentito l'ulteriore crescita del diritto musulmano ha riguardato la relazione tra le diverse scuole, poggiante sul principio della tolleranza reciproca<sup>50</sup>. Il disaccordo esistente tra le stesse è sempre stato considerato un segno dell'indulgenza divina, sulla base dell'*hadith* maomettano "le divergenze di opinione nella mia comunità sono un segno della bontà di Allah".

Nell'analizzare le specificità delle quattro principali scuole sunnite, quindi, viene in rilievo il divergente approccio, laddove più liberale laddove più conservatore, rispetto all'utilizzo degli strumenti giuridici di "origine umana", quali l'interpretazione, il ragionamento e l'analogia.

---

<sup>49</sup> In ciò consiste la libertà di religione riconosciuta nel sistema giuridico islamico.

<sup>50</sup> Shahar analizza la questione del pluralismo sia sotto il versante delle fonti giuridiche, legate alle interpretazioni date dalle scuole giuridiche, che dei giudizi dati dalle Corti sharaitiche, anch'esse strettamente connesse all'indirizzo giuridico di appartenenza. Il diritto islamico è stato direttamente influenzato dalla competizione in seno al sistema giuridico tra le scuole ufficiali. Anche durante il periodo ottomano la pluralità delle fonti è stata mantenuta, il che ha permesso di minare l'egemonia della scuola *hanafita*, ufficiale nell'impero, da parte delle scuole concorrenti. Ciò a prova di come il pluralismo sia sempre stato presente nell'area, caratterizzandone il sistema delle fonti qui accolto. Cfr. I. SHAHAR, *op.cit.* pagg.112-141

Tutte, infatti, concordano nel ritenere le fonti divine quale fonte di legittimazione di ultima istanza del sistema giuridico, ma assumono un approccio diverso rispetto all'*ijtihad* e al ricorso ai criteri guida per l'interpretazione, condizione che ha caratterizzato anche i luoghi in cui queste scuole si sono sviluppate.

La scuola *hanafita* è tradizionalmente considerata la più moderna e liberale, ed attualmente la più seguita, grazie al riconoscimento come dottrina ufficiale effettuato all'epoca dell'impero Ottomano. Questa è basata sugli insegnamenti di Abu Hanifa, iracheno abitante di Kufa, e diffusa grazie all'opera di Abu Yusuf e Ash-Shaybani dapprima negli ambienti in cui si era evoluta la scuola di Kufa, riuscendo ad espandersi fino in Persia, in Maghreb, in Sicilia, in Afghanistan, nel subcontinente indiano ed in Turchia.

La scuola riconosce il ricorso al ragionamento personale o *ra'y*, così come all'analogia o *qiyas*, accogliendo anche la validità delle "finzioni giuridiche" o *hiyal*, per mezzo delle quali è possibile superare i vincoli religiosi e giuridici stabiliti dal Corano. Nell'interpretazione, la teoria *hanafita* privilegia il criterio dell'*istihsan*, analizzato di seguito, il quale mira alla ricerca della migliore opinione maturata in condizioni di equità.

Tra gli insegnamenti di Abu Hanifa rileva, quindi, l'incoraggiamento al ragionamento individuale, tecnica principale affinché ognuno possa raggiungere una specifica e personale soluzione, motivo per cui gli appartenenti alla scuola *hanafita* sono stati conosciuti come il popolo del *ahl al-ra'y*, ossia dell'opinione personale, e come tale i più liberali e razionali, seppur nel quadro della legittimità stabilita dalle fonti principali, il Corano e la *sunnah*.

La seconda scuola è quella *malikita* diffusasi a Medina sulla base degli insegnamenti del suo fondatore Malik ibn Anas, il primo studioso dedito ad un'opera di compilazione del diritto musulmano, il *al-Muwatta*, ed estesa in tutti i territori dell'Africa settentrionale, centrale ed occidentale fino a giungere nella Spagna musulmana medievale. La dottrina *malikita* assume la *sunnah* quale fonte superiore rispetto ad altri strumenti di interpretazione della volontà divina, riconoscendo meno valore al ragionamento personale ed all'analogia rispetto agli *hanafiti*. La stessa metodologia applicata all'interno della scuola prevede la narrazione degli *hadith* e la discussione sul loro significato in riferimento ai problemi della giornata. Non tutti gli

## CAPITOLO II

*hadith* sono però considerati degni di considerazione, e come anche per gli *hanafiti*, i *malikiti* restringono l'ambito della loro applicazione.

Tra i criteri-guida del ragionamento personale i *malikiti* riconoscono la superiorità dell'*istislah*, con il quale indicano lo sforzo "umano" finalizzato a cercare ciò che è più desiderabile, tenendo conto dell'interesse pubblico (*maslaba*). Inoltre, attribuiscono un particolare ruolo alla pratica forense, denominata *amal*, considerata come una forma autentica di *sunnah*, trasmessa sotto forma di documenti ed atti scritti. Come Hanifa, anche l'*imam* Malik enfatizza il ricorso al ragionamento individuale, ma sostiene con forza che ogni regola può cambiare se è provato il contrario in base ad una fonte autorevole. Ogni uomo può incorrere in errore, per cui solo quelle regole compatibili con le fonti sacre possono essere utilizzate, in quanto solo il Corano e gli *hadith* sono fonti assolute mentre gli insegnamenti dell'*imam* non devono essere rigidamente seguiti.

Diversa è la dottrina delle altre due scuole. Mentre le prime due nascono e si consolidano prima della sistematizzazione delle fonti del diritto, le ultime sono successive e risentono della categorizzazione della teoria delle fonti di al-Shafi'i. Questa rappresenta, invero, lo spartiacque, in quanto riconoscendo solo le fonti sacre come degne di considerazione nel sistema delle fonti islamiche, limita il ricorso al ragionamento individuale, caratterizzando la dottrina successiva per una impostazione più rigida e conservatrice.

Tra queste, la scuola *shafiita*, fondata dallo stesso caposcuola della sistematizzazione delle fonti del diritto Muhammad al-Shafi'i a Cairo, e diffusa nel basso Egitto, nell'Higiaz, nell'Arabia meridionale, nell'Africa orientale ed in parte in Iraq. Molti sono stati, e continuano ad essere, i fedeli musulmani *shafiiti* in Indonesia, Malesia ed in tutti i territori musulmani del sud-est asiatico. Al-Shafi'i, come detto, non riconosce come strumenti giuridici validi il ragionamento personale ed il consenso dei dottori, supportando una tesi più tradizionalista, secondo la quale deve considerarsi strumento giuridico effettivamente legittimo il solo consenso dei musulmani. Allo stesso modo considera i criteri dell'*istihsan* e *istislah* delle forme di innovazione riprovevole, *bid'a*, in quanto basati principalmente su ragionamenti di origine umana in aree in cui la legge rivelata esiste già. Solo in alcuni contesti ammette il ricorso ad un principio simile, chiamato *istihab*, che indica lo sforzo a

dedurre il *figh* ricercando una connessione tra circostanze antiche e nuove, in base alla convinzione che il *figh* e le regole previste dallo stesso sono valide finché le condizioni previste per la sua applicazione rimangono in esistenza.

Solo i giudizi conformi alla *sunnah* e al Corano sono vincolanti. In questo senso, si pone contro il *taqlid*, il quale limitando l'*ijtihad* ed imponendo il *figh* sviluppato dalle scuole giuridiche, circoscrive la possibilità di conoscere in profondità il contenuto delle fonti divine stesse.

Sicuramente più tradizionalista è l'ultima dottrina, la scuola *hanbalita*, nata sulla scorta degli insegnamenti di Ibn Hanbal, discepolo di al-Shafi'i, che ha sviluppato un particolare seguito in Persia, prima della conversione allo sciismo, a Baghdad e a Damasco. A partire dal diciottesimo secolo, grazie agli insegnamenti di Ibn 'Abd al-Wahhab, è rinata, affermandosi soprattutto in Arabia Saudita. Hanbal, in verità, è stato più un tradizionalista che un giurista in senso stretto. La sua opera principale, il *Masnud*, si presenta quale una raccolta di tradizioni e la sua dottrina è stata sviluppata da teorici del diritto successivi, tra cui Ibn Taymiyyah. Secondo il capostipite, alla *sunnah* bisogna riconoscere la supremazia su qualsiasi altra fonte di origine umana, quali il *qiyas* ed il *ra'y*, rigettando anche la teorizzazione *solo* tendenzialmente tradizionalista di Shafi'i.

Per Hanbal, l'*igma* è stato possibile durante il primo secolo dell'islam, quando tutta la comunità era unita, ma non può trovare applicazione nelle epoche successive. Anche il *qiyas* non deve essere considerato legittimo, dacché ogni situazione non può che essere giustificata con riferimento ad un *hadith*, il che non ammette l'analogia quale strumento di deduzione personale.

Hanbal proibisce, così, ai discepoli di ricordare le sue opinioni, in quanto l'unico punto di riferimento per stabilire la bontà di un'opinione sono la tradizione del profeta. In tal modo evidenzia la sua preferenza per gli *hadith* rispetto alle opinioni personali, intese come delle interferenze a quanto stabilito direttamente da Dio. Da qui la necessità di conoscere più *hadith* possibili, unica metodologia per agire secondo il volere divino.

La materia delle scuole giuridiche permette di comprendere, quindi, la pluralità delle soluzioni adottate dalle principali dottrine sunnite in materia di istituti giuridici, ma anche la divergente preferenza nei confronti dell'intervento umano nella

## CAPITOLO II

regolamentazione giuridica, la quale ha fortemente condizionato lo sviluppo di un sistema uniforme, e che si rispecchia nei diversi orientamenti e dottrine che condizionano ancora oggi gli ordinamenti giuridici in vigore.

### 2.2 Le fonti o “radici” del diritto. *Le usul al-figh*

Si è già chiarito in più parti cosa si intende con il termine *figh*. Esso non è solo diritto, ma un sistema “giuridico-teologico” che permette di disciplinare le regole normative quanto quelle religiose per il singolo musulmano.

Seppur di derivazione divina, lo stesso comprende l’attività umana finalizzata alla comprensione di quanto stabilito nella *shari’a* stessa. Di esso fanno parte *in primis* le quattro fonti del diritto principali o radici o *usul al-figh*, tra i quali il Corano, la *sunnah*, l’*igma* ed il *qiyas*.

#### 2.2.1 Il Corano

Il Corano<sup>51</sup> è la fonte principale dell’islam. Esso non è semplicemente un testo di legge ma è il Libro, *al-kitab*, in cui i musulmani individuano i valori, i principi e anche enunciati normativi<sup>52</sup>, puntuali e cogenti, per tutto quanto concerne la loro esistenza.

Il testo è costituito da circa 6000 versetti, raggruppati in 114 *sure* o capitoli, che possono essere classificati in religiosi, etici e giuridici, rivelati nel corso della vita del profeta (dal 610 al 632 d.c.)<sup>53</sup>. I versetti si distinguono a seconda del “momento” in cui sono stati dettati, prendendo come periodo storico di riferimento l’*egira*, la fuga a cui il profeta è stato costretto nel 622 d.c. I versetti antecedenti questa data (cosiddetti “meccani”) sono quelli ai quali si fa risalire la tradizione più pura,

---

<sup>51</sup> Per un’analisi dettagliata del Corano, cfr. A. BAUSANI, *Il Corano*, Milano, 1999

<sup>52</sup> Come nel caso della normativa sulle successioni o anche nell’ambito del diritto penale.

<sup>53</sup> I versetti (*ayāh*) sono lunghissimi nelle prime *sure* e brevissimi nelle ultime, ognuno delle quali si apre con la formula ufficiale, chiamata *Basmala*, “nel nome di Dio clemente e misericordioso”. Le ingiunzioni si differenziano nel loro contenuto specifico o generale. I versetti dal contenuto generale sono più numerosi, lasciando alla tradizione del profeta stabilire la regolamentazione di dettaglio. Ma vi sono materie, come lo statuto personale, per cui il Corano prevede una normativa specifica, stabilendo nel merito gli obblighi a cui i musulmani devono attenersi.

contenendo argomenti di natura religiosa e morale<sup>54</sup>, mentre i versi successivi, rivelati a Medina, fanno riferimento più a all'organizzazione politica dello Stato che Maometto costituisce nella cittadina<sup>55</sup>. Questa seconda parte è però molto breve, a prova del fatto che nel testo sacro poco spazio è dedicato agli affari non attinenti la religione.

I contenuti di natura giuridica del Corano si distinguono in quelli che disciplinano il rapporto tra Dio e l'uomo, i quali hanno sia contenuto religioso, come la preghiera, ed altri che presentano una natura socio-economica, come l'obbligo della *zakat* o elemosina rituale e l'obbligo di compiere il pellegrinaggio o *haji* alla Mecca. Da queste si differenziano le norme che riguardano solo gli uomini, come quelle che riguardano il tema della lotta armata (*jihad*), le norme concernenti la materia del diritto di famiglia ed il diritto commerciale e penale.

Per tutti vale la regola giuridica dell'abrogazione, *naskh*, secondo il criterio cronologico, per cui i versetti adottati in epoche successive annullano quelli dati in epoche precedenti. La legge islamica, inoltre, prescrive che gli stessi versetti dettati da Dio possono contenere specificazioni diverse, perché riferiti ad epoche differenti o perché specifici per una determinata questione. Pertanto, il vincolo discendente da questi può venir meno, se il presupposto per cui quella stessa norma è stata prevista o se la stessa è superata da una successiva ingiunzione che meglio rende la volontà divina, come nel caso di un cambiamento delle circostanze<sup>56</sup>.

L'abrogazione nel tempo diventa anche uno strumento per garantire l'accettazione graduale delle nuove norme imposte alla prima comunità dei credenti, per cui la nuova regola successiva è data solo dopo che l'obbligatorietà della precedente non è messa in dubbio.

---

<sup>54</sup> Le ingiunzioni dettate alla Mecca presentano un natura diversa perché differente è la condizione politica-giuridica dei musulmani della prima comunità. Si trattava qui di una minoranza oppressa, e come tale la rivelazione si è incentrata sulla costruzione ideologica della fede islamica, in modo da preparare i primi convertiti e seguaci dell'islam alla costruzione dell'ordine sociale islamico. Tra i principi fondamentali stabiliti in questa fase vi sono quelli dell'unità di Dio (*tawhid*), il principio della presenza dell'aldilà ed i principali pilastri dell'islam (*zakat*, *haji*, ecc).

<sup>55</sup> La parte rivelata a Medina si connota per il suo carattere più "politico-giuridico". La migrazione o *hijrah* dalla Mecca rappresenta il momento storico che dà avvio alla formazione della prima realtà giuridica islamica, tantoché la rivelazione si concentra soprattutto sull'organizzazione dello Stato islamico e sulla rivelazioni delle norme a contenuto economico e sociale. È in questa fase che sono stabiliti principi quali il *jihad*, e formulate le regole di convivenza con i non credenti nell'Islam. È questa la fase in cui la prima comunità musulmana viene a contatto con i molti ebrei e cristiani della regione, sancendo tra l'altro anche le norme riguardanti l'apostasia.

<sup>56</sup> Cfr. A.A.B. PHILIPS, *op. cit.*, pag. 36

## CAPITOLO II

La questione giuridica preminente riguarda, in ogni modo, il considerare o meno il Corano un codice giuridico nel senso che a questo termine siamo abituati ad attribuire. È indubbio che dal punto di vista religioso esso è “norma” per i fedeli musulmani, ma sotto il versante giuridico la sua disciplina non copre tutti gli aspetti della vita del singolo, occupandosi prevalentemente di diritto di famiglia e solo marginalmente di diritto pubblico, internazionale, penale, o di altre branche a noi conosciute. Ciò comporta che lo stesso non possa essere considerato un testo onnicomprensivo giuridicamente vincolante, secondo una visione positivista del tutto occidentale.

È vero che, rispetto all’epoca precedente preislamica, il Corano offre ai fedeli musulmani il primo esempio di legge intesa quale codice di condotta “positivo”, che dispone gli obblighi ed i doveri, e che abbraccia ogni aspetto della vita, non presentandosi come una fonte di diritto consuetudinario. In questo senso lo stesso ha costituito un elemento rivoluzionario, che ha modificato il senso stesso di norma e di diritto nel contesto di riferimento<sup>57</sup>. Secondo questa accezione, il Corano è “fonte” di un nuovo diritto, che non ha base territoriale ma che vincola i fedeli del nuovo credo. Per tali motivi, lo stesso è la “fonte” di un nuovo ordinamento giuridico, perdurato poi nei secoli e pervenuto fino ad oggi.

### 2.2.2 *La sunnah o tradizione sacra ed il ruolo del profeta*

La *sunnah* si compone delle tradizioni o *hadith*, i comportamenti, i detti ed anche i silenzi dati dal profeta durante la sua esistenza ispirata a Dio<sup>58</sup>. Essa ha la funzione di integrare le situazioni non direttamente regolate dal Corano, seppur debba essere considerata una fonte autonoma dallo stesso.

Secondo i teorici islamici, gli insegnamenti del profeta costituiscono l’unica fonte in grado di far interpretare il volere divino, e per questo immediatamente subordinata al Corano e superiore a qualsiasi altra fonte *non* di origine divina, che come tale deve essere compatibile con gli *hadith* del profeta.

---

<sup>57</sup> Cfr. N.J. COULSON, *A history of Islamic law*, cit.

<sup>58</sup> “Lui non parla secondo i suoi desideri. Ma quanto è rivelato è ispirato”, Corano (53:3-4), e ancora “Oh Profeta, trasmetti quanto ti è stato rivelato dal tuo Dio”, Corano (5:67).

È stata la stessa comunità musulmana, secondo Maududi<sup>59</sup> a riconoscere la obbligatorietà giuridica della *sunnah*, in quanto sin dalla morte del profeta, la stessa si è adeguata agli insegnamenti, riconoscendo lo status di fonte ed informando ad essa i giudizi all'interno delle Corti, così come il riconoscimento di diritti ed obblighi nei rapporti tra i fedeli e Dio.

Doi<sup>60</sup> osserva come sin dai primi giuristi islamici è stato riconosciuto alle tradizioni maomettiane una grande importanza. Questa stessa centralità è stata poi evidenziata, come visto, da al-Shafi'i, il quale ha ammesso la *sunnah* come la unica fonte "sacra", oltre al Corano, alla base del sistema giuridico islamico.

La dottrina islamica successiva ha dedicato, invece, attenzione alla *sunnah* con riferimento al solo dibattito sull'autenticità delle tradizioni tramandate oralmente nel tempo. La questione dell'autenticità ripercorre non solo la veridicità del contenuto degli *hadith*, ma anche l'attendibilità dei trasmettitori (*isnad*), una scienza che ancora oggi anima i principali dibattiti giuridici sulle fonti del diritto nell'islam. Mentre Schacht ha affermato che la ricostruzione degli *hadith* è il frutto di un fenomeno "artificiale"<sup>61</sup> di passaggi tra i vari *isnad*, e che molti *hadith* sono stati scritti successivamente all'esistenza del profeta per rafforzare il sistema giuridico islamico, Doi e Hallaq difendono la preminenza della fonte sacra, in quanto collegata direttamente al profeta, unico soggetto capace di intermediare tra la comunità ed il divino.

Il rapporto tra le due fonti poste al vertice del sistema vede il Corano come il testo dalla "vocazione universale" che stabilisce i principi, mentre la *sunnah* rappresenta la "via" fattuale attraverso cui quei principi devono essere rispettati. Inoltre, la *sunnah* impone nuovi obblighi, ed è in questo che consta la sua forza giuridica, in virtù della competenza a legiferare attribuita direttamente al profeta, il quale seppur non agendo nel senso di un "*positivist law-maker*", è rimasto sempre fedele alla lettera della rivelazione divina, non introducendo disposizioni nuove fondate su interpretazioni personali.

---

<sup>59</sup> Cfr. A. MAUDUDI, *The Islamic Law and Constitution*, Lahore, 1958, pag. 79

<sup>60</sup> Cfr. A.R. DOI, *Shari'ah. The Islamic law*, London, 1984, pag. 55

<sup>61</sup> Cfr. J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pag. 169

Solo dopo la sua morte, l'interpretazione del dettato coranico ha visto l'intervento degli studiosi attraverso strumenti logici e razionali volti all'interpretazione personale, analizzati nei paragrafi che seguono.

### 2.2.3 *L'igma od opinione concorde della comunità*

L'*igma* o consenso riferisce all'accordo su un'opinione in seno alla *ummah*. Letteralmente il termine rimanda al consenso in *stictu sensu* circa una determinata soluzione, e che nella disciplina giuridica esprime il consenso unanime dei dottori della legge (*mujtahids*). Esso realizza il dogma dell'infallibilità della comunità islamica, secondo il quale laddove vi sia accordo fra i dotti, questo assume valore normativo, costituendosi quale fonte del diritto dopo il Corano e la *sunnah*.

Il consenso comincia a ricoprire l'importanza nel sistema delle fonti già dalla morte di Maometto, quando i califfi avviano quella prima fase della storia del sistema giuridico islamico finalizzata a tenere insieme il sistema e, allo stesso tempo, a creare un ordinamento giuridico forte, enfatizzando su una fonte di origine umana coperta dalla legittimazione giuridica del Corano.

L'*igma* è esercizio di giudizio e ragione e può essere distinto in *igma al-ummah*, il consenso di *tutti* i musulmani su un punto determinato, ed *igma al-ulama*, il consenso dei *soli* studiosi della disciplina giuridica su un punto particolare.

Seppur definita formalmente come consenso della comunità, è stata la seconda definizione ad aver avuto la precedenza nel corso dell'evoluzione del sistema giuridico, rafforzando l'idea che soltanto il dotto della scienza giuridica possa avere una competenza decisionale in materia<sup>62</sup>. Nonostante ciò, il ruolo dell'*igma* è stato determinante nella gerarchia delle fonti, tanto che filosofi classici come al-Ghazali lo hanno indicato come la principale fonte di origine umana con la quale risolvere i

---

<sup>62</sup> L'evoluzione della dottrina dell'*igma* passa attraverso diverse fasi. La prima è quella dell'*igma al-sahabah*, o consenso dei compagni, caratterizzata dalla cognizione del consenso come accordo individuato tra i soli compagni del profeta. La seconda fase è quella dell'*igma al-tabi'in*, o consenso dei successori. In questo periodo l'*igma* è complicato dalla mancanza di un governo islamico duraturo che mantiene l'unità della *ummah*. Si cominciano a diffondere diverse idee e dottrine teologiche così come tecniche giuridiche. Il terzo periodo è quello dell'*ijtihad*. Come risultato della mancata unità e delle diverse posizioni assunte nel periodo precedente, i giuristi applicano in maniera rigida il principio dell'*igma* dei compagni al fine di evitare disunità ed isolamento. Durante l'imposizione del *taqlid*, sono blindate le scuole di giurisprudenza, vincolate agli insegnamenti già sviluppati, ed è in tale fase che si riconosce l'*igma* quale fonte del diritto, nella forma del consenso dei primi compagni (*salaf*). Cfr. M. MUMISA., *op. cit.*

problemi relativi alla religione, in quanto “la rettitudine del consenso unanime della comunità è garantita dalla misericordia di Dio”<sup>63</sup>.

Esso legittima ciò che è considerato illegittimo e ritiene riprovevole ciò che è considerato lecito. Una volta raggiunta l’unanimità sulla questione sottoposta a consenso, l’*igma* diventa infallibile e chi va contro la decisione presa dalla comunità commette un’eresia, sanzionabile secondo le norme imposte dalla legislazione sacra. L’*igma* è, quindi, strettamente legato ad una delle istituzioni principali del diritto islamico, la *shura* o consultazione, la cui regolamentazione è prevista direttamente nelle fonti sacre. È il Corano stesso a stabilire “*questi decidono i loro affari per mezzo di un processo di mutua consultazione*” (42:38), confermata poi dalla *sunnah*, in cui è assunta quale processo basato sulla discussione tra i credenti. La consultazione diventa la tecnica che ammette la partecipazione di tutti i credenti, per cui se non c’è *shura* non vi può essere *igma*.

L’*igma* evidenzia, pertanto, come in assenza di specifiche previsioni nel Corano e nella tradizione risalente al profeta, sia possibile ricorrere a metodi che implicano l’uso del ragionamento e del giudizio individuale. Affinché sia valido, è necessario che la questione non sia già stata precedentemente trattata, seppur ciò non inficia la possibilità che la stessa possa essere modificata. L’*igma* può essere, infatti, abrogato. D’accordo con la scuola *hanafita*, se gli *ulama* o i *fugaha* hanno unanimemente dato una preferenza su di una determinata materia, ciò non esclude il diritto di non accordare con la stessa. Se un nuovo *igma* è raggiunto da *ulama* successivi, allora il nuovo consenso ottenuto sarà tale da abrogare il precedente.

L’*igma*, dunque, è l’unica fonte di origine umana finalizzata alla comprensione del dettato coranico e delle tradizioni del profeta ad essere stata elevata a fonte principale, in applicazione di quanto previsto dal libro sacro che stabilisce l’infalibilità di una decisione della comunità qualora sia assunta dalla stessa all’unanimità<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. A.A.AMĪM, *Avere il senso della storia: osservazioni sulla pretesa di applicare la legge islamica*, in A. PACINI (a cura di), *Dibattito sull’applicazione della Shari’a*, Torino, 1995, pagg. 65-66

<sup>64</sup> Cfr. J.L. ESPOSITO, *Islam. The straight path*. New York-Oxford, 1988, pag. 79

### 2.2.4 Il *qiyas* o ragionamento analogico

Il *qiyas* riferisce al ragionamento sistematico sulla base dei testi sacri, il Corano e gli *hadith*. Nell'applicazione al diritto islamico, il *qiyas* è un ragionamento deduttivo che consiste nell'applicare ad un caso non disciplinato dalle altre fonti la disciplina prevista per casi o atti analoghi qualificati dalle altre fonti del diritto per analogia.

Il *qiyas* è l'ultima ed anche la più contrastata tra le fonti dalle scuole giuridiche, seppur rappresenti il principale metodo sviluppato dalla teoria giuridica, al fine di poter applicare a casi per i quali nulla è stato detto da parte delle fonti sacre, la disciplina prevista per altre fattispecie simili, connesse con la prima.

Tecnicamente il *qiyas* riferisce allo strumento dell'analogia o del sillogismo, necessario per assimilare l'ingiunzione coranica di un caso ad un altro allo stesso simile, ma per il quale le fonti principali non dicono nulla.

È bene chiarire come attraverso il *qiyas*, che rimane sempre un esercizio di logica individuale, non si possono creare nuove regole che non siano quelle già previste nel Corano e nella *sunnah*. In questo il *qiyas* differisce dall'*igma*, per il quale l'autorità di determinare una nuova regola è riconosciuta direttamente dal Corano. L'esercizio analogico deve essere finalizzato solo all'espansione del dettato coranico su casi non trattati, senza superare quanto già stabilito dalle norme sacre.

Affinché si possa parlare di *qiyas*, è necessario in ogni caso il rispetto di alcune condizioni, che rimandano all'esistenza di una similarità di situazione e di una connessione causale, la '*illa*. Quest'ultima è il primo requisito per l'ammissibilità dell'analogia<sup>65</sup>, e seppur i giuristi abbiano tentato di introdurre altre giustificazioni al ricorso all'analogia islamica, quali il pubblico interesse (*maslaha*) o il riferimento agli obiettivi ultimi della legislazione (*maqasid*), la dottrina islamica ha riconosciuto il fondamento dell'analogia solo nella individuazione di una *ratio legis* che rispetti alcuni requisiti. La '*illa* deve essere commisurata alla sua ingiunzione (*munasib*) divina, dove il termine "commisurata" intende la necessaria connessione tra l'analogia e la causa ultima stabilita dalla norma divina. Attraverso l'analogia, cioè,

---

<sup>65</sup> Un caso tipico di uso del *qiyas* attiene al divieto dell'uso dell'alcool stabilito dalla legge islamica. Il Corano inibisce esplicitamente il vino, mentre non menziona altri prodotti alcolici in tutto il testo. Il divieto del vino ha, però, la medesima ragione giuridica o '*illa* perseguita nel caso del divieto all'uso di alcool, in quanto in entrambi i casi si ha, come effetto, l'intossicazione del corpo, ragione che ammette l'estensione del divieto a tutti i prodotti alcolici.

il giurista deve comparare i due casi ed applicarne l'ingiunzione corretta, in quanto la validità del *qiyas* è sempre subordinata alla conformità con i principi divini. Il *qiyas* può essere abrogato da una generazione di dottori successivi. In ciò rileva l'inferiorità rispetto alle tre fonti e la previsione della stessa quale fonte unicamente umana.

L'analogia è ammessa con intensità diversa a seconda delle scuole giuridiche a cui ci si riferisce. Gli *hanafiti* hanno ammesso la sua validità, mentre gli *hanbaliti* non ne hanno riconosciuto il fondamento, non accettandola inizialmente tra le fonti sacre, per i motivi già precedentemente illustrati.

### 2.3. *Le fonti non ufficiali o furu al-figh*

Il sistema delle fonti delineato da al-Shafi'i non è risultato sufficiente per rispondere alle necessità della comunità islamica. Per tali motivi la giurisprudenza islamica ha costruito una teoria giuridica in cui è possibile rinvenire varie forme di istituti e strumenti di fonte umana, caratterizzati dalla presenza del giudizio individuale o dalla finalità del perseguimento del bene pubblico. Come visto, il *qiyas* e l'*igma* sono tecniche che coinvolgono l'esperienza umana, ma in esse l'elemento razionale è minimo, il che le rende accettabili secondo lo schema "religioso" dato da al-Shafi'i.

Così, alle fonti primarie, si affiancano le fonti non ufficiali o *furu al-figh*.

Queste, secondarie ed informali, hanno avuto un ruolo decisivo nella definizione e nello sviluppo della tradizione giuridica islamica. Seppur poste al di fuori delle *usul*, il ricorso ad esse è stato copioso, soprattutto da parte delle scuole *hanafita* e *malikita*, favorevoli alla diversità di interpretazione ed alla presenza di una pluralità di principi in riferimento ad una norma del diritto.

Tra le *furu* rilevano le consuetudini, i criteri e le presunzioni sussidiarie al ragionamento ed all'interpretazione, l'*amal* e le *hiyal*, fonti qui analizzate al fine di valutare la rilevanza dell'elemento "umano" nell'evoluzione del sistema giuridico.

### 2.3.1 *Le consuetudini, gli usi ed i costumi*

Le consuetudini ricoprono un ruolo di spicco nel sistema giuridico musulmano, ricchissimo di istituti che presentano origine consuetudinaria di derivazione preislamica. Esse rappresentano il legame con il sistema giuridico precedente alla venuta dell'islam, che le ha accettate permettendo ai credenti di regolare i propri rapporti senza far ricorso al diritto sostanziale. Esse hanno contribuito, infatti, notevolmente nella formazione del sistema islamico. È indubbio che la lettura delle fonti ufficiali sia stata influenzata dalle tradizioni e dai costumi dell'epoca, precedenti anche alla venuta di Maometto. Per tali motivi, le consuetudini hanno continuato a ricoprire un ruolo di "fonte sussidiaria" alle fonti principali, sin dalla prima formazione dell'ordinamento islamico.

Ad esse si può legittimamente far riferimento in tutti i casi in cui vi siano materie non regolate direttamente dal diritto musulmano, a condizione che non siano contrastanti con le norme sharaitiche. Anche secondo Schacht<sup>66</sup>, le consuetudini possono coesistere con l'ideale della legge islamica, pur rimanendo all'esterno della cornice legale delle fonti.

Le consuetudini (*urf*, *'adah*) si distinguono in generali (*urf 'amm*), in particolari (*khass*) e locali (*manalli*). Nello specifico, le "consuetudini locali", rifacendosi alle tradizioni esistenti nei territori islamici prima dell'avvento dell'islam, rappresentano gli usi ed i costumi che lo hanno influenzato più direttamente. Secondo l'ordinamento preislamico, gli obblighi di ogni singolo derivano dalla convinzione secondo cui gli atti ed i comportamenti attuati dagli avi devono essere rispettati dalle generazioni future, il che ha determinato il mantenimento delle tradizioni preesistenti, le quali non sono state dunque mai abrogate.

Se secondo gli esponenti della corrente giuridica più tradizionalista, il diritto consuetudinario preislamico *non* rappresenta una fonte del diritto, essendo la legge basata solo sui testi sacri, specularmente gli autori più modernisti ritengono che le consuetudini, gli usi ed i costumi esistenti all'epoca della rivelazione abbiano condizionato profondamente l'evoluzione del diritto islamico, tanto da inglobarne alcune delle pratiche più diffuse.

---

<sup>66</sup> Cfr. J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pag. 62

In teoria, quindi, pur non rientrando tra le fonti del diritto, le consuetudini hanno rappresentato un fattore fondamentale e determinante nella formazione della teoria giuridica islamica ancora oggi diffusamente applicata.

### 2.3.2 I criteri e le presunzioni sussidiarie al ragionamento

Con i “criteri e le presunzioni sussidiarie al ragionamento” ci si riferisce agli strumenti attraverso cui le quattro scuole giuridiche hanno guidato la loro opera di interpretazione, dotando di maggiore flessibilità ed adattabilità il sistema delle fonti. Tra questi si ricorda il criterio dell’*istihsan*, il ritenere buono ed equo, valido per la scuola *hanafita*, la *maslaha* o utilità generale, utilizzato dalla scuola *malikita* e l’*istishab*, la presunzione sulla validità di una norma fino a prova contraria, cui ricorrono gli *hanbaliti*.

Come già visto, l’interpretazione condotta dalle scuole giuridiche ha costituito un elemento fondante l’evoluzione del diritto musulmano. Attraverso questa opera si è arrivati a qualificare le azioni umane secondo il senso voluto da Dio, ed ha permesso che il diritto musulmano si potesse costituire nel senso di diritto dottrinario, conducendo ad una vera opera di creazione per mezzo dell’attività umana. Per tale motivo essa si distingue dalle fonti principali.

#### a) *Istihsan* o equità o preferenza giuridica

Il termine *Istihsan* deriva da *hasan* ed indica la preferenza nei confronti di un oggetto o di un’idea su altri secondo equità. Nel diritto, esso rimanda all’esercizio di un giudizio privato, individuale, che conduce a conclusioni diverse rispetto a quelle che ne deriverebbero dall’uso del *qiyas* o dell’analogia, assunto per il bene della comunità o nell’interesse per la giustizia.

L’*istihsan* non trova fondamento nei testi sacri ma è giustificato in base al consenso o al principio di necessità. Esso è, cioè, ammissibile quando il *qiyas* non lo è, in quanto ammette il ricorso ad un ulteriore ragionamento, di natura sempre analogica, ma più plausibile, che conduce a nuove disposizioni giustificate dal perseguimento del bene pubblico o dell’equità<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Cfr. A.A.D. AJJOLA, *Introduction to Islamic Law*, New Delhi, 2005

È stata, tuttavia, la scuola *shafiita* a non riconoscerne la validità, considerandolo come la premessa per l'ammissibilità di opinioni umane "fallibili" quali fonti del diritto, alla luce della relatività del concetto di pubblico interesse, soggetto alla variabilità del luogo in cui trova applicazione<sup>68</sup>.

L'*istihsan*, così, è applicato quando si abbandona il ragionamento per analogia in favore di una consuetudine capace di garantire un risultato più equo, in presenza di "consenso" tra le parti o per ragioni di necessità. Da questo punto di vista rappresenta un criterio capace di dotare di flessibilità il sistema e che per gli *hanafiti* ha rappresentato la via attraverso cui condurre la propria interpretazione giurisprudenziale, superando la rigidità dei soli schemi previsti dalle fonti ufficiali.

b) La *maslaha* o *istislah* o interesse pubblico

Al pari del precedente, il concetto di interesse pubblico, *maslaha* o *istislah*, occupa una posizione centrale nella formazione di opinioni di natura giuridica e nell'interpretazione dei testi.

Affinché sia possibile parlare di interesse pubblico è necessario che lo stesso sia previsto dai testi sacri (*mu'tabra*), in modo da riferire ai principi universali da questi stabiliti. Tra questi rientrano la protezione della vita, della religione, della proprietà privata, dello spirito e delle progenie.

Da questo punto di vista, l'interesse pubblico ammette la deduzione di ulteriori norme ed ingiunzioni "diverse" da quelle previste dalla *shari'a*, purché nell'ambito degli obiettivi perseguiti dalla rivelazione divina. La legge islamica soffre, infatti, di una eccessiva rigidità che il ricorso a strumenti come questo possono mitigare, superando la struttura delle fonti stabilite da al-Shafi'i e dando applicazione a principi e norme che, seppur basate su fonti umane, sono sempre conformi ai principi divini.

Se il Corano, la *sunnah* o l'*igma* possono rappresentare delle fonti rigide nel cercare di soddisfare il bene sociale, le interpretazioni possono essere guidate da un principio più alto che consta nell'interesse pubblico. Questo, così, può riconoscere una priorità ad alcuni comandi divini, privilegiando quelli che soddisfano i requisiti a cui la

---

<sup>68</sup>Cfr. A.R. DOI, *op. cit.*, pag. 82

*maslaha* fa riferimento. Da questo punto di vista, la *maslaha* non è una fonte sopra la legge, ma l'obiettivo finale della legge stessa.

La questione della nozione di interesse pubblico è stata al centro delle dispute sorte tra i riformisti, secondo i quali il concetto di *maslaha* permette di superare le resistenze imposte dalle *usul al-figh*, ed i tradizionalisti, per i quali la *maslaha* deve essere trattata con cautela in quanto può diventare causa di dis-rappresentazione nella realizzazione dell'interesse del singolo e della comunità<sup>69</sup>.

c) La *darura* o stato di necessità

Lo stato di necessità o *darura*, al pari dei due precedenti, ricopre un ruolo centrale nel diritto islamico nel colmare le lacune lasciate dal rigido sistema delle fonti ed individuare ulteriori disposizioni.

Il termine *darura* indica sia lo stato di necessità che le cause che giustificano l'alterazione od il divieto di un'ingiunzione giuridica prevista per una determinata fattispecie. Esso riferisce a quei casi in cui i soggetti sono costretti ad agire, perché obbligati, appunto, dalla necessità, facendo della stessa uno status giuridico.

Lo stesso al-Shafi'i aveva provveduto a dare una definizione dello stato di necessità quale condizione connessa a circostanze particolari, quali povertà, fame, malattia e pericolo, che per loro natura giustificano la violazione della legge.

L'islam riconoscendo lo status di necessità, pone la possibilità di venir meno agli obblighi divini nei casi che esulano dallo stato di guerra, ma che si possono presentare durante un tempo normale, di pace. La necessità diventa, così, una questione giuridica riconosciuta, ricordando quanto affermato da Dien, secondo il quale il processo di riconoscimento o *i'tibar* della stessa è il medesimo usato per identificare l'interesse pubblico e che riflette, pertanto, la prossimità esistente tra la *darura* e la *maslaha*<sup>70</sup>.

La questione rilevante è la metodologia attraverso cui si riconosce la necessità quale un vincolo giuridico. La risposta sta nel riconoscimento che il sistema islamico fa al

---

<sup>69</sup> Cfr. M.I. DIEN, *op. cit.*, pag. 69-81

<sup>70</sup> Le previsioni sullo stato di necessità si basano spesso sul principio della *maslaha*, principio generico attraverso cui si stabilisce cosa sia davvero da considerare uno stato di bisogno. I due principi si differenziano, comunque, in quanto solo la *maslaha* ha una valenza permanente, mentre la *darura* è eccezionale e come tale temporanea, per cui quando lo stato di bisogno termina, vengono ripristinate le norme vigenti. Cfr. tra tutti M.I. DIEN, *op. cit.*, pag. 84

## CAPITOLO II

giudizio umano, che non deve lasciare spazio a dubbi, perché solo se la necessità esiste davvero, questa può concedere di compiere atti altrimenti proibiti dalla legge.

In questo senso, la *darura* può essere letta quale uno strumento capace di rendere la legge islamica adattabile ai bisogni della società che cambiano, al fine di rispondere alle richieste che provengono dal mondo sociale, giustificando ciò che non è ammesso. Quale misura straordinaria contemplata dalle fonti stesse<sup>71</sup>, non altera l'etica di una situazione in presenza di determinati fattori. In tal modo essa permette di rispondere a situazioni, come quelle che interessano soggetti normalmente considerati inferiori, come le donne, e garantire loro un comportamento di eccezionalità.

La necessità apre, così, la strada ad una sorta di “licenza” temporanea, *rukṣa*, che giustifica l'eccezione dalla regola generale, condizione che viene meno nel momento in cui scompare il motivo per cui quella stessa eccezione è accettata.

Rimane in auge la questione della legittimità di chi possa stabilire che una determinata necessità possa avallare il completo arbitrio e disattendere il diritto, questione che diventa ancora più complessa nell'attuale fase storico-politica “rivoluzionaria” dei paesi oggetto di questo studio.

d) Il *masaqid* o gli scopi finali della *shari'a* e la moderna teologia dei diritti umani

Il *masaqid* è la strategia giuridica attraverso cui la legge sacra riconosce gli obiettivi della *shari'a* e che rappresenta nell'attuale panorama giuridico islamico la via su cui la moderna giurisprudenza tenta di costruire una convergenza con la moderna concezione dei diritti avanzata nell'ambiente occidentale.

Il *masaqid* rappresenta un nuovo approccio giurisprudenziale, contemporaneo, al diritto islamico, alle sue fonti ed alla sua teologia, in quanto contempla innovative forme di interpretazione, in grado di interagire con la realtà attuale e di ridurre le discordanze tra la giurisprudenza tradizionale ed i documenti internazionali in materia di diritti.

Si tratta di una tecnica utilizzata dai moderni giuristi che punta ad individuare i fini ultimi della *shari'a*, attraverso l'interpretazione giuridica del diritto. Tali fini, infatti, fanno parte delle scritture che stabiliscono la via da seguire e possono essere

---

<sup>71</sup> “Se qualcuno è obbligato dalla necessità, in assenza di una volontà di disobbedire o di trasgredire le regole, nessun errore può essere imputato allo stesso”, Corano (2:173).

individuati dalla giurisprudenza stessa, alla luce delle situazioni che sono soggette al suo giudizio od interpretazione.

Come la *maslaha*, anche il *masaqid* rappresenta uno strumento di versatilità del *fiqh* islamico all'epoca contemporanea, divenendo un rilevante strumento per permettere l'adattabilità del sistema giuridico alle esigenze contemporanee<sup>72</sup>.

Johnson<sup>73</sup> lo definisce come la svolta "razionalista" di questo ordinamento, tantoché molti manuali giuridici contemporanei ne prevedono ormai la figura.

Il *masaqid*, avvicinandosi alle dottrine classiche e razionali dei *mu'taziliti*, riconosce il concetto di responsabilità individuale, stabilendo come ogni soggetto può decidere se scegliere il bene o il male.

Questa impostazione rileva nell'individuazione dei principi etici su scala internazionale che si considerano dettati da Dio, e che pertanto traducono sul piano giuridico il riferimento a principi valevoli per tutti a livello universale, come per esempio l'uguaglianza tra uomo e donna.

Come ricorda anche il contemporaneo Ramadan<sup>74</sup>, la *shari'a* in sé prevede gli strumenti per il suo adattamento ai bisogni della società, e tra questi è compreso il *masaqid*, il quale permette l'integrazione con tutto ciò che non è contrario ai principi fondamentali, tra cui rientrano i diritti e la concezione dello Stato democratico quale forma di governo congeniale per la tutela degli stessi.

Il *masaqid* occorre, dunque, al fine di sviluppare uno strumento valido per l'evoluzione dell'ordinamento giuridico secondo una visione "dinamica" delle fonti islamiche, che lascia spazio alla evoluzione del sistema giuridico nel suo insieme.

### 2.3.3.L'amal, il qanun, le convenzioni e le hiyal

Vengono ora analizzate brevemente e per completezza di analisi tre strumenti rientranti tra le fonti non ufficiali con i quali il sistema musulmano è riuscito a

---

<sup>72</sup> Secondo al Ghazali, è necessario un risveglio del diritto islamico al fine di riconoscere come l'islam punti sull'indipendenza della capacità razionale e dell'esistenza di ogni singolo, il che riguarda la sua dignità umana ed il riconoscimento di propri diritti e libertà.

<sup>73</sup> Cfr. D. JOHNSON, *Masāqid al-shari'a. Epistemology and hermeneutics of Muslim Theologies of human rights*, in G.N. PICKENS, *Islamic law. Critical concepts in Islamic Studies*, London, 2011, pagg. 309-344

<sup>74</sup> Cfr. fra gli altri, T. RAMADAN, *Noi musulmani europei*, Roma, 2008

## CAPITOLO II

superare le rigidità delle fonti classiche. Si tratta della pratica forense, delle norme adottate dal potere politico e delle finzioni giuridiche.

La prima è l'*amal* o giurisprudenza forense, sviluppata e praticata tuttora in special modo nei paesi afferenti all'area magrebina, con particolare applicazione nel Marocco, dove i giuristi si sono dedicati alla raccolta dei pareri legali astratti (*fatwa*) e delle regole rilasciate nell'esercizio dell'attività forense. L'*amal* riferisce all'attività del giudice, il *qadi*, il quale giudica sulla base del diritto musulmano, delle consuetudini e delle prassi stabilite dalle autorità locali.

Si tratta di decisioni che vincolano le parti coinvolte nella controversia, ma che non possono essere assimilate alle sentenze emesse in altri ordinamenti, quale quello anglosassone. Nel caso musulmano non si parla di "precedente giudiziario", seppur la pratica forense abbia contribuito, sia nel corso dei primi secoli che attualmente nelle Corti degli Stati nazionali, all'innovazione del diritto musulmano.

La legittimità dell'*amal* è riconosciuta in primo luogo dalla scuola giuridica *malikita*, per la quale se l'innovazione cui la stessa giunge si basa su l'opinione dottrinale di un giurista qualificato od è condivisa da più giuristi degni di fede, allora la decisione giuridica è da ritenersi legittima e come tale vincolante. In tutti i casi, tuttavia, essa deve ispirarsi all'interesse pubblico.

All'*amal* si affianca il *qanun*, il diritto degli Stati al quale più volte si è fatto riferimento. Tale fonte ha rilevanza a partire dalla creazione dei Parlamenti dati nelle epoche più contemporanee, costituendosi *in primis* in decreti del sovrano, quali fonti per il singolo paese, determinando le circostanze per la convivenza delle due giurisdizioni, quella religiosa, applicata dal giudice religioso, da un lato, e quella laica delineata con il *qanun*, dall'altro. La loro rilevanza è richiamata da Losano<sup>75</sup> ed è centrale oggi nell'approfondimento sulle fonti che regolano gli ordinamenti che appartengono a questa area.

Renè David evidenzia, in particolare, come l'intervento del "principe" attraverso il ricorso al suo potere regolamentare ha permesso nel corso dei secoli di introdurre delle innovazioni nel diritto islamico. Sul piano formale, i poteri riconosciuti al principe, monarca o assemblea, non hanno potuto modificare il diritto stesso, in

---

<sup>75</sup> Cfr. M. G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000

quanto a queste autorità la teoria classica dello Stato islamico non ha riconosciuto un potere legislativo in senso stretto.

Tuttavia, tale potere è stato determinante per le sorti dei sistemi in cui il principe ha esercitato la sua autorità. In alcuni casi, lo stesso è andato oltre le competenze riconosciutegli, assumendo decisioni non legittime sotto il versante “formalistico” del diritto musulmano, ma accettate dalla dottrina in osservanza ai principi secondo i quali l’obbedienza a quanto stabilito dalle autorità è un dovere per ogni singolo musulmano, modernizzando il sistema legislativo di riferimento.

Il richiamo al *qanun* giustifica l’esistenza ancora oggi di una doppia veste legislativa alla quale fare riferimento per la validità delle norme, quella sharaitica e quella nazionale, che sarà analizzata nell’ultima parte.

Tra le *furu al-figh* rientrano, infine, le convenzioni e le *hiyal* o finzioni giuridiche. Si tratta di fonti che esulano dalla fonte divina e che sono qui rapidamente citate per dare atto della pluralità che anima questi ordinamenti.

La legittimità della convenzione trova spazio in un *hadith* del profeta, secondo il quale “non è proibito concludere convenzioni oltre a ciò che la legge prescrive”. Sulla base della legittimazione sacra, la conclusione di convenzioni ha spesso determinato situazioni in cui gli obblighi sacri sono stati aggirati dagli stessi fedeli al fine di superare i vincoli imposti dalla legge in vigore.

Allo stesso scopo rispondono le finzioni giuridiche o *hiyal*. La legittimità di queste risiede nel presupposto richiesto dalla *shari’a* secondo il quale è la “lettera” della legge che deve essere rispettata e non il suo spirito. Pertanto, le *hiyal* permettono di superare molte regole del diritto senza che esse vengano di fatto violate, eludendone il loro presupposto.

### 3. *L’ijtihād e lo sforzo verso l’interpretazione creatrice*

Più volte si è già fatto riferimento all’*ijtihād* quale una delle tecniche principali di interpretazione e di indagine del diritto musulmano classico<sup>76</sup>.

Attraverso il suo ricorso il sistema giuridico ha dato risposte a tutte le questioni non trattate dal Corano e dalla *sunnah*, garantendo un’interpretazione “evolutiva”<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Cfr. A.S. NURULLAH, *Ijtihād and critic/critical thinking: a new look into Islamic creativity*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 50, n. 2, 2006, pagg. 113-134

## CAPITOLO II

dell'ordinamento nel suo complesso. Al contrario del *taqlid*, invero, che blocca le capacità interpretative e razionali dell'uomo, l'*ijtihad* pretende di dare una risposta ad una determinata questione ricorrendo alle capacità individuali di comprendere quanto disposto dal volere divino, stimolando la creazione di nuove regole giuridiche.

L'*ijtihad* nasce con la formazione dell'ordinamento islamico. Lo stesso profeta sin dall'inizio ha incoraggiato i suoi seguaci allo sforzo razionale in presenza della necessità di interpretare le fonti del diritto, nella tensione verso la continua comprensione delle stesse.

Tuttavia, il riferimento alle fonti sacre non implica, come visto, che il diritto islamico non riconosca spazio alla legislazione umana. Al contrario, nel corso dei secoli in cui questo ordinamento si è evoluto, non poche sono state le occasioni di intervento da parte dell'uomo, tali da rideterminare le peculiarità di tale sistema.

L'*ijtihad* racchiude in sé il *qiyas*, già analizzato, ed il *ra'y*, il ragionamento indipendente, le due modalità attraverso cui è possibile parlare di interpretazione del diritto.

Nello specifico, il riferimento al *ra'y*<sup>78</sup> è presente durante il primo secolo dell'islam, quando la legge religiosa non è ancora completamente elaborata. Ma già a partire dal secolo successivo, l'*ijtihad* è scisso dal *ra'y*, divenendo una tecnica sistematica per interpretare la legge sulla base dei testi rivelati<sup>79</sup>.

Secondo quest'ultima impostazione, lo scopo dell'*ijtihad* non è quello di sostituire la legge divina, quanto quello di comprenderla meglio, in concomitanza con le condizioni che si modificano nell'arena sociale. L'*ijtihad* si conferma essere, in altre parole, un metodo esaustivo posto in essere dai giuristi per assumere una decisione di

---

<sup>77</sup> Cfr. A. PREDIERI, *op. cit.* pag. 141

<sup>78</sup> Inizialmente il *ra'y* o ragionamento individuale è stato lo strumento attraverso cui ammettere l'opinione personale dei giuristi. Al pari dell'interpretazione, esso ha rappresentato lo strumento logico e razionale che ha ampliato il dettato coranico al fine di poterlo meglio applicare. Con la specializzazione della funzione di giudice, la formazione di studiosi del diritto e di Corti specializzate, il ragionamento è divenuto più sofisticato, ed il *ra'y* ha iniziato a riferire alle argomentazioni giuridiche, quale intervento razionale dei giuristi intorno al contenuto delle fonti sacre. Dopo Shafi'i si forma una nuova classe di giuristi, la cui ambizione è quella di armonizzare la necessità di positivizzare il diritto con il dogma della superiorità del diritto divino. Così, il *ra'y* è indebolito ed è rafforzato l'*igma*, il che determina come conseguenza il riconoscimento della maggiore centralità alle fonti di origine divina. Cfr. N. J. COULSON, *A history of Islamic law*, cit. pag. 64

<sup>79</sup> Lo scopo dell'*ijtihad* è quello di investigare la volontà divina, sulla base della rivelazione, e pervenire a nuove regole laddove la legge non sia già chiara, colmando il vuoto legislativo.

carattere giuridico su questioni concernenti la comunità e che non sono chiare nelle fonti sacre<sup>80</sup>.

In questo senso si congiunge con il *qiyas* in quanto, come per l'analogia, alla base dell'utilizzo dell'interpretazione vi è l'identificazione della *'illa*, la *ratio legis* della legge che può e deve essere estesa sugli altri casi che non sono dalla stessa disciplinati. A differenza del *qiyas*, però, la decisione assunta ha valenza locale e non universale, per cui l'insorgenza di una nuova circostanza richiede sempre un nuovo intervento interpretativo.

Attraverso l'*ijtihad*, dunque, l'essenza universalistica dell'islam trova esplicazione in un caso limitato nel tempo e nello spazio, costituendosi come un processo infinito, che diventa giuridicamente vincolante soltanto nel momento in cui incontra il consenso della comunità, che lo rende da tutti condivisibile ed accettabile.

Di fatto, precise sono le regole affinché lo stesso, una volta dato, produca effetti giuridici vincolanti. Tra questi, qui si ricorda la previsione secondo cui l'interpretazione deve diventare oggetto di *igma* ovvero che sia accolto in una disposizione adottata dal legislatore nazionale. Al di fuori di queste occasioni, l'*ijtihad* rimane meramente un'opinione autorevole, assimilabile alla *fatwa*, la quale non può creare diritto, ma soltanto operare nell'ambito dei principi già stabiliti<sup>81</sup>.

L'*ijtihad* è stato lo strumento che più ha caratterizzato l'evoluzione dell'islam giuridico. In questo senso, deve essere considerato quale il veicolo per lo sviluppo della legge islamica, in quanto alla sua base è la convinzione che le regole giuridiche possono cambiare ed evolversi. Da ciò ne deriva la sua importanza "morale", oltre che giuridica, per l'intero sistema musulmano contemporaneo, che vive con urgenza la necessità di rispondere ad una società diversa dal tempo in cui l'attività di interpretazione è stata frenata.

Da questo punto di vista, si comprende anche perché il richiamo all'*ijtihad* si sia intensificato negli ultimi secoli da parte di molti giuristi e studiosi riformisti, per i quali è necessario abbandonare il *taqlid* in favore di un nuovo sforzo interpretativo<sup>82</sup>.

L'*ijtihad* si attesta, infatti, per essere lo strumento principale per la creatività del

---

<sup>80</sup> Cfr. W.B. HALLAQ, *Ijtihad*, in J.L. ESPOSITO, *The Oxford Encyclopedia of the modern Islamic world*, 1995, pagg. 178- 1811

<sup>81</sup> Cfr. A. MAUDUDI, *The Islamic Law and Constitution*, cit., pag. 76

<sup>82</sup> Tale nuova posizione ha dato vita alla teoria sul *neo-ijtihad*, la quale però non ha mai trovato una applicazione sostanziale nella realtà.

sistema giuridico, in quanto via per introdurre nuove interpretazioni, soluzioni, giudizi o semplicemente posizioni diverse su questioni che riguardano il singolo ed il suo relazionarsi con il mondo. Sebbene vi siano autori, come visto, che sostengono che la vitalità del sistema non è mai stata bloccata, indicando le *fatwa* quale prova della stessa, una nuova forma di *ijtihad* può diventare la strada da invocare per il rinnovamento, alla luce dei cambiamenti e delle circostanze attuali.

La pratica dell'*ijtihad* rientra, tra l'altro, tra le attività che soddisfano la volontà divina e che come tale ogni musulmano libero è chiamato ad applicare. È sulla scorta anche di questa visione teologica che tale tecnica può ritornare ad essere operativa nelle aule giudiziarie così come in quelle legislative<sup>83</sup>, tanto da dare nuova linfa la modello musulmano.

### 3.1 Il *takhayyur*, la nuova forma di *ijtihad*

Il *takhayyur* è il termine arabo traducibile con “processo di selezione” e che rappresenta lo strumento che nei tempi più recenti è stato utilizzato al fine di avviare le riforme nelle materie in cui il diritto tradizionale continua ad esplicare i suoi effetti, come il diritto di famiglia.

Come l' *ijtihad*, la tecnica giuridica del *takhayyur* mostra la tensione verso un evidente sforzo razionale nella ricerca della giusta soluzione giuridica. Per tali motivi, esso è da più parti inteso quale la forma più contemporanea di *ijtihad* islamico.

Il *takhayyur* è analizzabile secondo tre tipologie fondamentali. La prima, individua la dottrina di una delle scuole giuridiche riconosciute al fine di adottarla interamente o in un suo elemento. Un esempio, che poi verrà maggiormente approfondito nei capitoli successivi, è quello che trova applicazione nel diritto della donna al divorzio, ristretto dalla scuola *hanafita* ma ammesso da quella *malikita*, per cui il ricorso al *takhayyur* nei sistemi che prevedono l'applicazione della prima ha avallato

---

<sup>83</sup> Al termine *ijtihad* fa riferimento la Suprema Corte Costituzionale egiziana nelle sue decisioni, riportando l'importanza del ricorso all'interpretazione nell'attività giurisprudenziale contemporanea. Al contempo, lo stesso rappresenta un esempio di “ibridazione” del sistema giuridico islamico classico con le istituzioni importate dall'Occidente.

l'introduzione di nuove norme e quindi di una maggiore flessibilità, con un avanzamento nella condizione giuridica della donna musulmana<sup>84</sup>.

Un secondo tipo di *takhayyur* è quello che rimanda alla “fiducia” nella opinione o nella dottrina di un autorevole giurista, la cui posizione è contraria a quella della scuola dominante. In questo caso, il *takhayyur* è la tecnica che va a ricercare nei “principi generali dell'ordinamento islamico” e nei principi dei primi giuristi dell'islam, quelle posizioni che possono avallare una tesi non riconosciuta o contrastante con quella della dottrina di appartenenza, individuando una regola attraverso cui sostenere una questione sociale nuova, ma accettata dalle scuole giuridiche predominanti.

La terza tipologia di *takhayyur* è quella della cosiddetta “riparazione” o *talfiq*, attraverso la quale si mantiene il richiamo al *taqlid* quale mera “formalità illusoria”<sup>85</sup>; così, mentre è previsto il mantello giuridico del ricorso al *taqlid*, si permette una riforma delle regole al fine di incorporare altri elementi, necessari per dar vita ad una nuova norma giuridica, “manipolando” il sistema presente.

Il riferimento al *taqlid* rappresenta una velata volontà di adesione ai valori classici, ma che maschera la necessità di determinare nuovi principi, necessari per rispondere ai bisogni della società.

È questa un'attitudine della nuova giurisprudenza islamica che si allontana dall'impostazione classica e che evidenzia la forza del ragionamento individuale e quindi dell'*ijtihad*, nella forma del *takhayyuro neo-ijtihad*<sup>86</sup>.

Il suo approfondimento in questa parte rimanda alla seconda parte di questo lavoro, centrato proprio sulla materia del diritto di famiglia e delle riforme introdotte dal legislatore nazionale riguardo alla condizione giuridica della donna, e che evidenzia come la capacità di individuare nuove tecniche finalizzate all'ammissibilità di nuove disposizioni rappresenti una volontà forte dei sistemi giuridici contemporanei, i quali

---

<sup>84</sup> Così è stato con la legge n. 25 del 1925 adottata dal legislatore egiziano.

<sup>85</sup> Cfr. N.J. COULSON, *A history of Islamic law*, cit., pag. 197

<sup>86</sup> È questa una evoluzione nel metodo, ma non nel principio. La legge islamica continua ad essere il fondamento dell'ordinamento di questi paesi, per cui il diritto divino rimane sempre sovraordinato alla legislazione dello Stato islamico stesso. Da questo punto di vista, non vi è differenza tra il diritto musulmano classico e quello moderno. Il diritto di origine umana permette, però, che le regole divine rispondano alle esigenze della modernità anche affinando tecniche nuove, quale quella appena analizzata. Cfr. W. MENSKI, *op. cit.*, pag. 352

hanno evidenziato la volontà di introdurre riforme giuridiche, seppur senza tradire il richiamo alla tradizione classica.

#### 4. *Le fatwa e la questione dell'autorità giuridica*

Si è visto come le istituzioni del diritto islamico classico sono classificabili in due gruppi. Da un lato le “fonti” strutturate secondo la teoria delle *usul al-fih* e dall'altro le interpretazioni dei giuristi la cui dottrina chiarisce quello che il diritto sancisce.

In questo ultimo gruppo si inserisce l'attività condotta dai *mufti*, studiosi di diritto islamico ai quali compete l'emissione di opinioni giuridiche o *fatwa*, sulla base di richieste che possono pervenire dal giudice o da una parte nel corso di un giudizio<sup>87</sup>.

Le *fatwa*, come già visto in questo capitolo, attengono a opinioni giuridiche rilasciate da esponenti rilevanti in risposta ad un quesito, che non hanno il rango di fonte del diritto e che, come tali, non sono vincolanti; ciò nonostante, rappresentano uno strumento di indirizzo per la legislazione dei paesi a maggioranza musulmana, che può divenire tra l'altro oggetto di un provvedimento normativo da parte dell'autorità legislativa.

Le *fatwa* rappresentano una ricca fonte di informazione giuridica, dacché permettono di comprendere gli orientamenti della tradizione su questioni rilevanti degli ordinamenti dell'area arabo-islamica.

A tal fine, si richiama la distinzione delle *fatwa* nelle tre tipologie più rappresentative, quella giuridica, quella politica e quella privata, le quali si distinguono a seconda della funzione che le stesse sono chiamate a perseguire e del diverso scopo sociale che realizzano.

Sono considerate private le *fatwa* richieste dal singolo in merito alla chiarificazione di una questione afferente la materia religiosa, per cui le opinioni rilasciate attengono principalmente alla materia delle cosiddette *'ibadat*, le norme che regolamentano il rapporto tra Dio ed il singolo musulmano.

Si considerano *fatwa* politiche, le opinioni in cui la richiesta di una esplicitazione proviene da un sultano, da un governatore o da una entità politica che necessita di

---

<sup>87</sup> Cfr. K.S. VIKOR, *Between God and the Sultan. A history of Islamic law*, London, 2005, pag. 140

delucidazioni in merito ad una azione che intende assumere. In questo caso, la dichiarazione del *mufti* giustifica l'azione di chi detiene il potere.

Infine, le *fatwa* “giuridiche”, sono opinioni autorevoli rilasciate nel corso di un giudizio davanti ad una Corte, e per questo qui assunte come le più rilevanti. L'iter previsto è quello per cui la questione è posta al *mufti*, in via generale ed in forma astratta. A questo spetterà individuare la regola da applicare al caso concreto, così da permettere di rispondere con l'individuazione della norma. La *fatwa* resa non produce effetti vincolanti; sarà poi il giudice nel corso del processo a decidere se adeguarsi o meno all'opinione rilasciata dal *mufti*.

Una questione emblematica riguarda, pertanto, l'autorità riconosciuta alla loro emissione. Nella società islamica contemporanea esistono autorità religiose in grado di influenzare il diritto e la sua applicazione, come il centro culturale *al-Azhar* in Egitto o il *Gran Mufti* del Brunei. A queste, si affiancano organizzazioni riconosciute, come il Consiglio Europeo per la *fatwa* e la ricerca<sup>88</sup> con sede a Londra, punto di riferimento delle organizzazioni islamiche in Europa. Altresì, sono ammesse *fatwa* individuali rilasciate da esponenti giuridici ai quali si attribuisce un'evidente autorità.

Le *fatwa* delle autorità più tradizionali hanno come oggetto spesso questioni che attengono il diritto islamico in senso stretto, come la materia matrimoniale e lo statuto personale. Ma rientrano anche le questioni con i non musulmani ed i casi di apostasia, a prova di come ancora oggi queste materie rappresentino gli argomenti più delicati e “sentiti” negli ordinamenti dell'area.

A ciò si ricollega la questione della competenza del *mufti* ad emettere *fatwa*, e dei principi a cui lo stesso deve attenersi. Se un *mufti* non è in grado di avere una risposta attraverso le fonti a disposizione ed i principi della dottrina a cui appartiene, allora può riferire alle altre scuole giuridiche al fine di selezionare la giusta regola. Questo perché la *fatwa* non deve considerare solo la cultura di colui che emette l'opinione, ma anche di colui a cui è la stessa indirizzata, il quale può riconoscerne l'autorità e decidere se adeguarsi o meno al responso autorevole richiesto, sulla base delle proprie convinzioni personali.

---

<sup>88</sup> Cfr. il sito <http://fatwaislameuropa.blogspot.com/2011/01/consiglio-europeo-per-la-fatwa-e-la.html>

## CAPITOLO II

Allo stesso modo, se sono richieste più *fatwa*, ognuna delle quali contenenti un verdetto diverso, il richiedente sarà libero di scegliere a quale *fatwa* aderire, in applicazione, tra l'altro, di un *hadith* del profeta che incita al giudizio sulla propria anima.

Le opinioni giuridiche sono assimilabili, quindi, a *guidelines* importanti per l'evoluzione del diritto islamico, le quali garantiscono l'introduzione di principi che prevedono una maggiore flessibilità e, di conseguenza, una maggiore adattabilità alle questioni del presente.

Secondo questa ultima accezione, la *fatwa* ha svolto un ruolo centrale soprattutto negli ultimi secoli, quale strumento posto a garanzia del mantenimento di una forma di interpretazione da parte dei giuristi islamici e con essa, della possibilità per il diritto di evolversi attraverso l'armonizzazione con le subculture esistenti all'interno dell'islam stesso<sup>89</sup>.

Seppur prive di effetti giuridici vincolanti, le opinioni autorevoli continuano ancora oggi a rappresentare un grande strumento che il sistema islamico ha a propria disposizione per adattarsi al cambiamento, essendo considerate la modalità al momento più condivisa per introdurre nuove forme di interpretazione.

Tali opinioni permettono di affrontare le novità storiche, e quindi anche di trasformare tutto ciò che la tradizione considera innovazioni riprovevoli, *bid'a*, da inammissibili in qualcosa di lecito.

Soprattutto nell'area magrebina ed in particolare in Tunisia, la *fatwa* ha garantito l'"adattamento" e la riforma dei costumi giuridici in senso occidentale<sup>90</sup>. Così, è stato qui possibile spostare l'ordinamento giuridico verso un'impostazione "secolare", intesa non come distanza dal fattore religioso, ma come delineazione di un ordinamento che si fonda su una legislazione di fonte statale, sancendo l'allontanamento dalla tradizione giuridica e l'isolamento degli *ulama*.

---

<sup>89</sup> Cfr. H. GERBER, *State, society and Law in Islam. Ottoman Law in comparative perspective*, New York, 1996, pag.79

<sup>90</sup> Tra queste, la *fatwa* del Bey di Tunisi del 1830, che contemplava un trasferimento di poteri al governo tunisino al fine di evitare la sottomissione al potere straniero francese. Così, la Tunisia ed il suo Bey sono riusciti ad intraprendere la strada che li ha condotti ad ottenere la indipendenza dal califfato ottomano. Cfr. K. CHATER, *A rereading of Islamic texts in the Magrib in the nineteenth and early twentieth centuries: secular themes or religious reformism?*, in J. RUEDY (ed. by), *Islamism and secularism in north Africa*, 1994

5. *Il sistema giuridico classico e la modernità: adeguamento o inamovibilità?*

Il sistema delle fonti principali del diritto musulmano si è dimostrato valevole per instaurare un certo grado di immobilismo nella società islamica. Ciò nonostante, per mezzo dei numerosi istituti giuridici non rientranti nelle fonti ufficiali, l'ordinamento ha dimostrato la capacità di rispondere alle esigenze della società ed a provvedere alla organizzazione dei poteri pubblici, e questo fino al diciannovesimo secolo, da quando molti Stati dell'area hanno adottato un sistema giuridico sulla base del modello europeo.

Nel far questo, l'impatto della *shari'a* è stato formalmente ridimensionato in favore di un diritto positivo e "laico", in quanto di formazione statale, limitandola soltanto ad alcune materie quali lo statuto personale, e stabilendo un doppio binario giuridico data la presenza di una formale legittimità divina e di una statale, concretizzata nel rapporto tra *qanun* e *shari'a*, tra legge dello Stato e legge di Dio.

Il sistema giuridico islamico tradizionale analizzato, ha evidenziato come l'ordinamento in questione sia stato retto nel corso dei secoli dai principi stabiliti dalla legge divina, lasciando però spazio al "legislatore umano", il quale è potuto intervenire nell'ambito delle *mua'malat*, gli affari sociali, se non già disciplinati dalle fonti divine.

La legislazione "umana", è stata perseguita attraverso una serie di strumenti, quali lo sforzo interpretativo, l'analogia ed i decreti del legislatore. A queste norme dal contenuto giuridicamente vincolante si sono affiancate le *fatwa*, le "opinioni" rilasciate da giuristi, ma che, pur godendo di un alto rispetto in seno alla comunità, non sono produttive di alcun effetto vincolante sui destinatari. Valutazione analoga riguarda le decisioni giurisprudenziali, le quali non assumendo il rango di precedenti non vincolano per la comunità nel suo complesso.

Questo è quanto risultante dall'analisi dell'ordinamento classico, il quale, al pari di ogni altro sistema giuridico, si è dotato di fonti giuridicamente obbligatorie, di fonti non produttive di effetti sui propri destinatari, e di principi di natura giurisprudenziale, seppur caratterizzato dal dualismo della fonte divina/umana.

L'evidenza cui si perviene mette in luce come il sistema delle fonti classiche abbia lasciato dello spazio all'intervento umano, ma dove ciò è stato ammesso, è sempre

stato limitato dal riferimento ai principi sharaitici. Nonostante ciò, la previsione di tecniche giuridiche diversificate ha permesso nel tempo di adottare nuove legislazioni capaci di adattare il sistema alle necessità reali, garantendo una certa flessibilità ad un ordinamento che, essendo informato su norme di origine divina, avrebbe rischiato una forte rigidità e chiusura<sup>91</sup>.

Questa sola sistematizzazione non è sufficiente, tuttavia, nell'approccio all'attuale conformazione degli ordinamenti a maggioranza musulmana, i quali seppur richiamandosi alla *shari'a*, registrano la presenza di una nuova "fonte" legislativa vincolante. Come abbiamo visto, la pluralità delle fonti è stata una caratteristica del sistema giuridico islamico, ma questa è stata sempre intesa limitatamente al sistema delle fonti sharaitiche, tipiche della tradizione del luogo.

L'avvento dei sistemi giuridici occidentali, come con il costituzionalismo, invece, ha importato una nozione "altra" di fonti del diritto rispetto alla tradizione islamica tale da mettere in discussione tutto il precedente impianto.

Ciò richiede la necessità di analizzare il rapporto esistente negli attuali ordinamenti tra la legge sacra e la legislazione nazionale, tenendo ben presente la differente fonte giustificatrice delle due, che è causa dell'instabilità di questi sistemi ma anche, al contempo, della loro peculiarità.

### 5.1 Il rapporto tra le leggi dello Stato e le leggi di Dio

Il ruolo che la *shari'a* svolge attualmente negli ordinamenti giuridici a maggioranza musulmana è in parte il prodotto di un ritorno della religione quale forza identificativa di una comunità sociale e del suo ordinamento giuridico. A partire dalla colonizzazione occidentale, le popolazioni dell'area hanno richiamato con forza al credo islamico, sia in quanto forza identificante dal punto di vista culturale, che quale strumento di opposizione giuridica e di lotta politica contro l'oppressore straniero.

---

<sup>91</sup> Secondo Brown la *shari'a* in senso stretto non è mai stata applicata nel corso della storia giuridica islamica, in quanto il *qanun*, inteso nella sua veste storica come la "legislazione nazionale", ha sempre avuto il sopravvento rispetto alla stretta applicazione della legislazione religiosa. In questo senso, il richiamo alla legge islamica *tout court* diventa più una strumentalizzazione della lotta politica contro il potere straniero, ed in particolare occidentale, che una vera fonte giuridica, che utilizza la tradizione legalistica quale fonte per legittimare l'uso della forza. Cfr. N.J. BROWN, *op.cit.*

Il dibattito tra islam e modernità giuridica rimanda, difatti, alla modalità attraverso cui gli ordinamenti dell'area musulmana hanno risposto all'importazione dei modelli giuridici occidentali<sup>92</sup>. Le riforme giuridiche introdotte durante gli ultimi secoli hanno modificato sostanzialmente la ragione del diritto, provocando una rinegoziazione tra le istituzioni proprie della *shari'a* e quelle imposte con l'avvento della forma statale, riducendo la sfera di influenza delle prime a vantaggio delle seconde.

Gli avvenimenti che hanno caratterizzato gli ordinamenti dell'area degli ultimi due secoli, hanno evidenziato come la legge islamica abbia continuato ad essere inglobata nelle nuove istituzioni statali e nelle codificazioni introdotte dai poteri europei, come nell'ambito del diritto commerciale o in quello penale, secondo un processo di "positivizzazione" del diritto che ha condotto alla incorporazione della *shari'a* nei principi dei nuovi Codici adottati.

In una prima fase, così, le istituzioni del modello islamico sono state tutelate, tra cui anche il sistema delle Corti Sharaitiche, secondo un modello giuridico duale *tout court*, per cui i due ordinamenti, quello islamico e quello statale, sono rimasti separati ed autonomi, l'uno dall'altro. Gli stessi specialisti del diritto islamico hanno continuato ad operare, facendo da tramite con il nuovo legislatore e consigliandolo nelle materie di competenza della tradizione, nel tentativo di garantire una armonizzazione delle norme.

Ciò nonostante, la massiccia importazione dei modelli giuridici europei, delle legislazioni e delle codificazioni occidentali, ha nel tempo provocato formalmente la restrizione della legge sacra. Gli ordinamenti islamici si sono riconosciuti quali legislatori "secolari", sulla scorta del principio di sovranità del popolo, seppur continuando a riferire alla *shari'a* quale fonte per la validità delle loro norme.

La incorporazione delle norme della *shari'a* nella struttura dello Stato contemporaneo non ha determinato, invero, la perdita del riferimento all'etica islamica, tanto da limitare la stessa legislazione nazionale, la quale alla stessa ha continuato a riferire. La transizione ha condotto all'introduzione delle principali forme giuridiche europee, stabilendo la prevalenza delle norme e delle procedure tipiche dei sistemi a *common law*, come in Pakistan, o riferendo agli istituti tipici del

---

<sup>92</sup> Cfr. M.Y. OWOYEMI, *The compatibility or incompatibility of Islam with modernity: Muslim responses and the way forward*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 53, n.2, 2009, pagg. 119- 134

## CAPITOLO II

*civil law*, come in Marocco, Tunisia<sup>93</sup> ed in Algeria, ove il diritto *malikita* si è trasformato in “*droit musulman algerien*”<sup>94</sup>. Così, anche quelle parti del diritto che erano state in un primo tempo lasciate alla legislazione islamica, come il diritto di famiglia, sono state regolate per mezzo di Codici stranieri, modificando, a partire dagli anni venti la legislazione dell’Egitto e del Sudan, e quella degli altri ordinamenti nei decenni successivi, come quella della Giordania nel 1951, della Siria nel 1953, della Tunisia nel 1956, del Marocco nel 1958 e dell’Iraq nel 1959.

La “compresenza” del sistema giuridico, imposto dal potere occupatore, e della *shari’a* ha rafforzato, però, la tensione al sistema duale che, con il venir meno della colonizzazione, ha riportato in auge il sistema tradizionale, mai sostanzialmente scomparso, neanche in forza dell’adozione delle Carte Costituzionali che gli ordinamenti hanno adottato.

Questa peculiare natura dell’ordinamento giuridico è stata la causa principale del mancato funzionamento e del rallentamento del processo di transizione di tali sistemi giuridici. Il sistema di legalità duale non ha permesso, difatti, l’evoluzione verso una totale occidentalizzazione dei sistemi giuridici, venendo a mancare una vera volontà di rottura con l’islam classico e la tradizione giuridica rappresentata dallo stesso.

Pertanto, gli ordinamenti giuridici dei sistemi musulmani si sono consacrati quali regimi dualistici, caratterizzati dalla previsione di un sistema regolato da un diritto di origine occidentale, ma legittimato dal riferimento alla tradizione religiosa. Da ciò ne è conseguita anche la previsione di un doppio sistema giudiziario, l’uno fondato sull’applicazione del diritto basato sulla ragione e dunque sulle consuetudini profane e sui regolamenti dettati dalle autorità “secolari”, e l’altro competente nell’applicazione del diritto divino, avallante la figura del *qadi*.

Quello cui si è pervenuti è una sintesi tra l’ortodossia tradizionale ed i principi giuridici occidentali, in cui l’applicazione della *shari’a* ha continuato ad essere sentita quale espressione di una volontà di non rinuncia dell’identità culturale per tali popoli<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Cfr. J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pag. 94

<sup>94</sup> Cfr. H.P. GLENN, *Legal traditions of the world*, Oxford, 2007

<sup>95</sup> C’è da evidenziare come anche quando un ordinamento mostri la volontà di introdurre al suo interno delle innovazioni, ciò non sempre comporta implicitamente la cancellazione del passato. Lo stesso Renè David ha richiamato l’esperienza dei paesi islamici sottoposti all’influenza sovietica, evidenziando come, di là dell’instaurazione di un regime comunista perdurato per quasi mezzo secolo,

Tale convinzione si è rafforzata con la svolta “islamista” che i sistemi hanno realizzato negli ultimi decenni, la quale ha evidenziato una ritrovata volontà di ritorno all’applicazione della legge sacra, quale risposta alle scelte politiche “filo-occidentali” adottate, tale da superare in molti ordinamenti la possibilità di un’evoluzione giuridica in senso democratico.

Nel discutere del ruolo che il diritto musulmano classico occupa, quindi, negli odierni ordinamenti che a questo fanno riferimento, si prende atto di come, in sostanza, nonostante le riforme adottate fin dall’epoca dell’intervento europeo, la tradizione giuridica islamica trovi ancora applicazione, in quanto integrata in tutte le strutture e legislazioni adottate in tali aree<sup>96</sup>. Lo statuto personale, in particolare, è rimasto nella maggior parte dei casi interamente retto dalla norma islamica, nonostante i tentativi di “modernizzazione”, rimanendo un *domain* della *shari’a*, e come tale simbolo della capacità di resistere alle pressioni esterne.

Sebbene il processo di “positivizzazione” del diritto, dunque, il nucleo vero del diritto islamico, fonte di identità per le Costituzioni statali, non è mai stato abbandonato, garantendo la continuità storica con la tradizione e quindi con il passato giuridico islamico. D’altro canto, la presenza di norme legislative non direttamente applicanti la normativa islamica, ma incorporanti i principi in questa contenute, ha tradotto la capacità di innovarsi dell’islam, quale sistema duttile e capace di individuare nuove forme per garantire la sua continuità, il che ha consentito il mantenimento dell’autorità giuridica delle fonti islamiche sulla stessa legislazione e giurisprudenza, senza mai abiurare al sistema delle fonti delineato da al-Shafi’i.

La legge islamica, così, con la sua natura morale prima ancora che religiosa, ha continuato a costituire la base dell’intero sistema giuridico, e la stessa consacrazione della *shari’a* quale fonte suprema dell’ordinamento, realizzata da molte Carte Costituzionali, è evidenza del richiamo alla sua etica, nonostante il processo di modernizzazione avviato.

La *shari’a* diventa *state law*, e l’ordinamento nazionale conferma la sua natura di ordinamento plurale, in linea con la sua eredità storica, ma che si differenzia dal

---

al momento della sua disgregazione le problematiche nazionali, taciute per tanti anni, sono ritornate alla luce anche più forti di prima. Cfr. R. DAVID, *op. cit.*

<sup>96</sup> Cfr. O. ARABI, *Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence*, The Hague- London, 2001

## CAPITOLO II

pluralismo del diritto classico, giacché non solo caratterizzato dalla presenza delle interpretazioni date dalle scuole giuridiche, ma anche dai principi dello Stato nazionale introdotti dal modello europeo.

Le fonti del diritto diventano così un eterogeneo “mix” di strutture giuridiche, che richiede lo sforzo di far convivere le norme di origine occidentale, con le norme che hanno fondamento religioso, come lo statuto personale. Per tali motivi, gli ordinamenti che ancora oggi richiamano alla legge “positiva” islamica ed alle sue fonti classiche non fanno che creare ulteriore confusione, limitando la formazione di sistemi atti a tutelare i diritti e la necessità di garantire l’uguaglianza a tutti, essendo queste questioni incompatibili con i principi dello Stato islamico propriamente detto. Secondo An-Na’im<sup>97</sup>, la *shari’a* non può costituire oggi la base giuridica di uno Stato, sia esso costituito o meno da una maggioranza di musulmani. La legge islamica è sicuramente vincolante per il cittadino musulmano, ma solo nella sfera privata, ambito al quale deve essere fatto appartenere lo spirito religioso, ma che non può consistere nella legge dello Stato in sé stesso. La modernizzazione giuridica passa anche dal riconoscimento della diversa natura dei due ordinamenti e delle possibili influenze reciproche. Nel far questo, è necessario che la legge islamica rimanga la guida sostanziale del solo foro privato, in modo da riconoscere il sistema giuridico quale un ordinamento con fonti ed istituzioni esclusivamente secolari, e per questo neutrali.

Se la dualità legale spiega la scelta di molti ordinamenti di mantenere entrambi gli ordini di valore, non si ritiene che sia questa la giusta via per completare il processo di modernizzazione del diritto. Per questo ultimo è sempre necessaria una chiara separazione tra le due fonti, in quanto preconditione per eliminare le incompatibilità e le situazioni di stallo ancora presenti in tali sistemi, spesso impossibilitati nell’adozione di nuove riforme, perché bloccati dalla tradizione religiosa.

Delle risposte differenti al modello di legalità duale sono state, tra l’altro, avanzate nei due casi studio scelti per questo lavoro ed analizzati nei prossimi capitoli, quali l’Egitto, ordinamento in cui la tensione *qanun-shari’a* è centrale e la Turchia in cui, il processo di laicizzazione del sistema ha condotto alla estromissione della religione e della legge divina quale fonte del diritto.

---

<sup>97</sup> Cfr. A.A. AN-NA’IM, *The compatibility dialectic: mediating the legitimate coexistence of the Islamic law and the state law*, in *The modern Law Review*, vol. 73, n. 1, 2010, pagg.1-29

Lo studio del caso egiziano, in particolare, è paradigmatico nel dimostrare come la forza della *shari'a* sia stata mantenuta nonostante l'intervento straniero. In questa circostanza, un ruolo fondamentale è stato portato avanti dai giudici della Suprema Corte Costituzionale, i quali hanno tentato di ridefinire la *shari'a* nella forma e nella sostanza, ed individuare il ruolo da attribuire alla stessa nell'ordinamento costituzionale di cui l'Egitto si è dotato, producendo effetti non solo per l'ordinamento in sé, ma anche per tutti i sistemi a maggioranza musulmana dell'area<sup>98</sup>.

### 5.2. *Il dibattito sull'applicazione della shari'a*

Si chiude questo capitolo richiamando ad un interessante dibattito che tocca tutto il mondo musulmano contemporaneo, che si interroga sulla legittimità del ritorno all'applicazione della *shari'a* quale modello giuridico di riferimento per gli odierni ordinamenti. Tale approfondimento è centrale in quanto rende la misura del pluralismo delle posizioni presenti nell'area, potendo su questo individuare la soluzione per i sistemi appartenenti a tale area.

Tale dibattito coinvolge esponenti provenienti da diverse estrazioni culturali, da quelle sociologiche a quelle giuridiche e politologiche, e dà visione della mobilitazione intellettuale di una società che si interroga sul giusto modello giuridico, sociale e culturale da applicare nel futuro.

Si tratta di un approccio che esula dal solo contesto giuridico, ma come anche in altre parti di questo lavoro si è fatto, è importante al fine di comprendere la complessità della fase storica che gli ordinamenti islamici stanno attraversando. Allo stato attuale, infatti, la legge islamica sembra spesso essere l'interesse ultimo cui molti Stati ed ordinamenti aspirano, animando la discussione tra intellettuali e studiosi interessati ad individuare i margini del ritorno all'applicabilità della legge sacra, dopo un lungo periodo di oscuramento e di restrizione del suo ambito di riferimento.

Andrea Pacini<sup>99</sup> è uno degli studiosi italiani che ha più mostrato una particolare sensibilità nei confronti delle vicende che interessano oggi tutti gli spazi islamici. I

---

<sup>98</sup> Cfr. O. ARABI, *op.cit.*, pagg. 190 e ss.

<sup>99</sup> Cfr. A. PACINI, *Introduzione. Il dibattito sull'applicazione della shari'a*", in A. PACINI (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995

## CAPITOLO II

suoi studi sono centrati nel tentativo di pervenire ad una panoramica sulle diverse voci che caratterizzano il dibattito in corso e rilevare le plurime linee di pensiero che lo contrassegnano. Ciò mette in luce le modalità attraverso cui le società musulmane nel loro insieme sono coinvolte, evidenziando la volontà di accogliere o rigettare principi e valori diffusi nelle società più evolute. Il dibattito ruota, infatti, intorno ad alcuni temi fondamentali, concernenti il ruolo della religione rispetto allo Stato, i fondamenti dell'ordinamento giuridico e le sue fonti. Le soluzioni che sono state auspiccate sono differenti e tra loro anche contrastanti e spaziano da posizioni radicali e tradizionali a correnti riformiste e moderniste, entrambe analizzate qui in un breve *excursus* a ciò dedicato.

Il fondamentalismo religioso e la crescita dei movimenti islamisti che richiamano alla *shari'a* sono i soggetti principali che animano la mobilitazione in seno agli ambienti musulmani e che richiamano il ritorno all'applicazione della legge divina quale fondamento degli ordinamenti giuridici dei tanti paesi che appartengono alla cultura musulmana. Questi enfatizzano una volontà di recupero dell'essenza del vero islam, riproponendo il ritorno alle sacre scritture come fonte di organizzazione della vita del fedele musulmano e della comunità islamica, anche sotto il versante giuridico. In sostanza, i nuovi teorici conservatori hanno manifestato il desiderio di una forma di organizzazione del potere pubblico subordinata alla convinzione secondo la quale religione, Stato e società rappresentano un'unica essenza, nella certezza che la norma islamica non è valevole unicamente per l'ambito spirituale dell'uomo, ma si presenta come un elemento onnicomprensivo.

Tra le posizioni più tradizionaliste, è d'obbligo menzionare le teorizzazioni dell'ideologo egiziano Qutb<sup>100</sup>, guida intellettuale dei Fratelli Musulmani ed oppositore delle forme di governo a lui contemporanee, colpevoli per lo stesso di aver abbandonato l'essenza vera dello Stato islamico d'ispirazione divina, condizione inaccettabile per cui è legittimo rivendicare un sistema giuridico propriamente islamico.

Alla corrente tradizionalista fanno capo, altresì, le teorizzazioni degli *ulama* e le politiche implementate in alcuni Stati, tra i quali l'Arabia Saudita, lo Stato che più ha

---

<sup>100</sup>Cfr. S.QUTB, *Una legge cosmica*, in A. PACINI (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995

mostrato la volontà di applicare le fonti sacre, il Corano e la *sunnah*, e di fare della *shari'a* la fonte della legislazione nazionale<sup>101</sup>.

A queste posizioni si oppongono i sostenitori della corrente anti-tradizionalista, la quale raccoglie tutti quegli esponenti di una visione non estremista dell'islam, che si muove verso l'evoluzione e lo sviluppo della società musulmana, accettando la modernità, senza mettere in dubbio i principi di fondo della legalità musulmana. Questa è contraria all'applicazione della *shari'a*, posizione per lo più giustificata da ragioni che poggiano su costruzioni storico-critiche dei testi sacri.

Questa tesi è condivisa da un insieme variegato di esponenti, rappresentanti sia di posizioni laiche che di movimenti che hanno richiesto il rinnovamento rimanendo nell'ottica religiosa. In questo scenario si sono distinte tutte quelle voci che hanno auspicato una rilettura delle fonti sacre, troppo influenzate dalle ragioni storiche in cui sono state elaborate.

Tra gli esponenti di tale corrente di pensiero si ricorda Al-Haddād<sup>102</sup>, che sostiene la necessaria rilettura della *shari'a* in chiave moderna per far diventare l'islam e la sua dottrina conformi ai valori della modernità. Il rinnovamento deve riguardare, però, unicamente le norme dettate nel periodo storico dell'Arabia del settimo secolo aventi carattere non religioso, lasciando intatti i principi del Corano, sacri ed immutabili. A questa schiera appartengono anche Al-Nayfar<sup>103</sup> e Husayn Ahmam Amīm<sup>104</sup>, i quali hanno auspicato il rinnovamento dell'islam insistendo sull'analisi storica delle fonti sacre. Questi due autori sono state le voci che più hanno considerato le tesi avanzate dai tradizionalisti quali un modo per velare lo stato di crisi economica, sociale e culturale che ha investito il mondo arabo.

Rientrano in questo gruppo anche gli esponenti che hanno assunto una caratterizzazione laica, tra cui il discorso sviluppato da Fouad Zakariya, il quale ha espresso una forte critica verso il ricorso alla religione a fini politici, non considerata quale la via più adeguata per offrire risoluzione ai problemi della società musulmana.

---

<sup>101</sup> Non bisogna escludere la portata politica di tal genere di impostazione. L'Arabia Saudita non ha mancato di dimostrare la volontà di costituirsi quale guida religiosa e politica del mondo musulmano, e per questo ha rivendicato l'applicazione *tout court* della legge sacra.

<sup>102</sup> Cfr. A. AL-HADDĀD, *Il permanente ed il transitorio nei precetti coranici*, in A. PACINI (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995

<sup>103</sup> Cfr. H. AL-NAYFAR, *La shari'a e la legge umana: ripresa tradizionale o rinnovamento della vita islamica?* in A. PACINI (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995

<sup>104</sup> Cfr. A. A. AMĪM, *op.cit.*

## CAPITOLO II

Così, partendo dall'analisi del livello di sviluppo economico e sociale dei sistemi musulmani, ha esposto la propria analisi sostenendo che l'applicazione della *shari'a* rappresenta la volontà dei soli movimenti più radicali, diffusa nella società islamica a causa del disagio sociale e della crisi culturale, politica, morale ed economica che attraversa trasversalmente tutto il mondo musulmano. Per questo, secondo lo studioso, è vitale affrontare chi strumentalizza la religione a scopo politico, giacché nell'islam integrale non possono essere individuate le soluzioni dei problemi<sup>105</sup>.

In un'ottica quasi speculare a Zakariya, anch'egli riformista ma estremamente religioso, si colloca l'impostazione di Mohammad Taha<sup>106</sup>, secondo il quale è evidente la necessità di proporre una nuova interpretazione globale della religione islamica, che conduca a superare la *shari'a* e ad aprire percorsi nuovi, seppur rimanendo nel novero dei valori contenuti nel messaggio divino. Nello specifico, Taha distingue tra le rivelazioni meccane e quelle medinesi, assumendo come solo le prime riportino il vero spirito puro dell'islam, mentre le seconde sono il prodotto di un'elaborazione storica delle regole del tempo della rivelazione, ma non più valide nell'epoca contemporanea e che come tale devono essere necessariamente superate.

Si tratta, dunque, di un insieme di studiosi attraverso cui è possibile prendere atto di un pluralismo di posizioni che oltrepassa quelle tesi che fanno coincidere l'area islamica con le sole visioni radicali ed estremiste, testimoniando la vitalità di tale cultura.

La prova di tale pluralismo è data anche da quei casi di Stati a maggioranza musulmana che hanno dimostrato la capacità di far coincidere la modernizzazione con i principi della *shari'a*.

---

<sup>105</sup> Secondo Zakariya l'applicazione della *shari'a* non è possibile per questioni che vanno oltre l'ambito politico e religioso, e che hanno attinenza con la sfera giuridica. La *shari'a* è una legge che stabilisce principi generali e vaghi, per la cui applicazione è sempre necessario un intervento di origine umana che integri il dettato predisposto dalla legge. Ciò significa ammettere che dal principio generale di carattere religioso si arriva alla specifica norma di attuazione dal carattere profano. Per Zakariya, la *shura* ha tradotto il significato di democrazia occidentale, implicando l'esistenza di elementi come la separazione dei poteri, la presenza di un'opposizione, il diritto di una nazione di scegliere i propri rappresentanti, una visione questa che sicuramente non conforme con quella prevista nei testi sacri. Ciò significa che ricorrendo alla sola applicazione della legge sacra non si devono escludere i possibili contrasti tra la lettera divina e l'interpretazione umana, tanto da farne derivare l'impossibilità dell'effettiva applicazione della *shari'a* stessa. Cfr. F. ZAKARIYA, *L'appello all'applicazione della shari'a nel contesto arabo contemporaneo* in A. PACINI (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995

<sup>106</sup> Cfr. M.M. TAHA, *Shari'a e Sunna: la seconda missione dell'islam* in A. PACINI (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995

È questo il caso della Malesia, un ordinamento che è stato capace di far convivere il richiamo alla legge di *Allah*, riconosciuta quale legge dello Stato, con i principi che tutelano la libertà economica, tanto da divenire una delle grandi “tigri” economiche e competere con i grandi giganti occidentali<sup>107</sup>. Qui lo sviluppo economico, politico e, dunque, giuridico è stato portato avanti senza tradire la tradizione islamica, secondo gli orientamenti riformisti di cui sopra, evidenziando la possibilità di realizzare una via alternativa alla relazione tra tradizione islamica e sviluppo economico, politico e giuridico, seppur in un contesto in cui il foro pubblico e privato continua ad essere dominato dalla legge di *Allah*<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Per maggiori approfondimenti sulle questioni economiche internazionali, cfr. P. COLLIER, D. DOLLAR, *Globalizzazione, crescita economica e povertà. Rapporto della Banca mondiale*, Bologna, 2003

<sup>108</sup> Alla Malesia si affianca l'esperienza dell'Indonesia, il paese con il maggior numero di fedeli musulmani al mondo, ma in cui la Legge islamica non è fonte del diritto. L'Indonesia non è uno Stato islamico, tantoché è la stessa Costituzione “laica” a riconoscere la libertà di religione e di culto. Alcuni istituti del diritto islamico sono stati in ogni modo qui importati dal legislatore nazionale, come nel caso del diritto di famiglia, così da mantenere sotto il controllo pubblico la selezione dei principi e dei valori cui deve informarsi il sistema giuridico nazionale. Cfr. E. BERTOLINI, *Fonti ufficiali, libertà religiosa e diritto islamico: il “compromesso” indonesiano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. 2, 2011, pagg. 375-389

### CAPITOLO III

#### L'ISLAM PLURALE ED IL DIBATTITO SUI DIRITTI UMANI

Il riconoscimento dei diritti dell'uomo è il prodotto di un antico sogno dell'umanità che rimanda all'esistenza di una giustizia vera ed oggettiva in cui i diritti sono intesi come assoluti e la loro esistenza è correlata all'uomo in quanto tale<sup>1</sup>.

Se si guarda alla situazione attuale, tuttavia, emergono delle circostanze contrastanti in cui, dinanzi alla proliferazione di dichiarazioni che sanciscono il carattere universale dei diritti, vi sono attestazioni che ne rivendicano il carattere etnocentrico, per cui al riconoscimento formale previsto dalle prime segue la mancata attuazione in base alle disposizioni contenute nelle seconde.

L'approfondimento della materia dei diritti è centrale in uno studio sull'ordinamento costituzionale islamico, dove la concezione teistica tocca non solo la natura del diritto e dell'organizzazione del potere, ma anche, e direi soprattutto, la concezione dell'uomo e dei suoi diritti. A differenza dell'Occidente, in cui i diritti sono opera dell'uomo e per l'uomo, nell'area musulmana la legge è opera di Dio, ed il singolo è ammesso solo in rari casi al fine di colmare i vuoti non regolati direttamente dall'intervento divino. La fonte divina dei diritti è la giustificazione ultima del sistema, il che determina la lontananza rispetto alle odierne concezioni sviluppate negli ambienti europei, essendo il concetto islamico di "diritto" costantemente connesso a quello di "dovere" e di "obbligo", comandato da Dio al singolo od alla comunità<sup>2</sup>. Così, se da un lato sono proclamati solennemente i diritti della persona in quanto tale, dall'altro sono avanzate forme di riconoscimento in relazione alla specifica lettura della nozione di diritto appena richiamata, a mò di "salvaguardia" della cultura di appartenenza.

La lettura sharaitica è un simbolo di questa tendenza, tantoché il richiamo alla specificità islamica diventa un limite sostanziale al riconoscimento dei diritti per come sanciti sul piano universale.

---

<sup>1</sup> Cfr. E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998, pagg. 51 e ss.

<sup>2</sup> Cfr. M. A. AL-JABIRI, *The concepts of rights and justice in Arab- Islamic texts*, in S.K. JAYYUSI (ed. by), *Human rights in Arab thought. A reader*, London- New York, 2009, pagg. 17-61

Il rapporto tra diritti ed islam non è un tema nuovo alla comunità scientifica che già da tempo si interroga su queste questioni<sup>3</sup>. Quello che si cerca di fare in questa sede è evidenziare la relazione esistente tra i due concetti quale premessa per l'analisi della condizione dei soggetti che la normativa sharaitica pone in una situazione di svantaggio, come le donne, offrendo un approccio dal quale partire per individuare nuovi punti di contatto nella materia giuridica e, quindi, nel costituzionalismo.

La tutela e la garanzia dei diritti rappresenta un'importante parte di come oggi si presenta il mondo giuridico musulmano ed, al contempo, anche una delle principali materie in cui si evidenzia la forza di questo sistema, tantoché per la sua analisi è fondamentale slegarsi, come già visto nei capitoli precedenti, dalla materia giuridica in senso stretto, per rifarsi al testo coranico ed alle interpretazioni che ne sono state date.

Si parlerà, così, di universalismo e di etnocentrismo/regionalismo dei diritti, quali criteri attraverso cui valutare la congruità tra le posizioni occidentali e quelle che sostengono la natura "particolare", o islamica, degli stessi. Ciò permette di verificare quanto il mondo musulmano sia un vincolo al riconoscimento dei diritti e se sia avallabile una tesi sulla convergenza tra le concezioni "individualiste" occidentali e quelle "comunitarie" avanzate da culture "altre".

Il capitolo si apre con una disamina dei principali documenti adottati in ambito internazionale, regionale e quindi islamico, quale premessa per comprendere le differenze che attraverso le dichiarazioni adottate è possibile cogliere con riferimento al fondamento nei valori.

A questa, segue una parte più specifica con la quale è approfondito il concetto di "diritti" nella dottrina islamica, all'interno della quale è ravvisabile, contrariamente al sentito comune, un dibattito tra l'universalismo ed il relativismo dei valori, seppur inserito in una cultura giuridica che richiama al divino quale fondamento dell'intero sistema. È all'interno di questa disputa che è possibile rinvenire quelle posizioni che rinviano all'esistenza di un "giusnaturalismo islamico", al quale richiamano tra

---

<sup>3</sup> Sul rapporto tra diritti e islam, cfr. A.A. AN-NA'IM, *Toward an Islamic Reformation: civil liberties, human rights and International law*, New York, 1996; D. ANSELMO, *Shari'a e diritti umani*, Torino, 2007; G. CARACCILO DI BRIENZA, *Diritti umani ed Islam. Tra universalismo ed etnocentrismo*, Torino, 2006; E. HIRSCH, *Islam et droits de l'homme*, Paris, 1984; A. E. MAYER, *Islam and Human Rights. Traditions and politics*, London, 1999; P. TAVERNIER, *Les Etats arabes, l'ONU, et les droits de l'Homme. La déclaration universelle des droits de l'Homme et les Pactes de 1966*, in A. AMOR, G. CONAC (a cura di), *Islam et droits de l'Homme*, Paris, 1994

### CAPITOLO III

l'altro le attuali tesi universaliste<sup>4</sup>. Questa constatazione, è di apertura all'approfondimento sull'attuale dibattito giuridico che coinvolge una pluralità di voci, rappresentanti di posizioni conservatrici e liberali, e che segnala l'esistenza di più orientamenti che possono influenzare il futuro di questa area giuridica.

La trattazione della materia dei diritti secondo la prospettiva islamica è rilevante al fine di comprendere la misura in cui la tradizione divina è trainante in un sistema che vede nella stessa il principale limite alla definizione di un costituzionalismo da considerarsi effettivamente compiuto<sup>5</sup>.

Si tratta, per tali motivi, di una analisi dal contenuto generale ma che si inserisce a pieno titolo in questa prima parte del lavoro, fondamentale per comprendere uno degli aspetti principali del costituzionalismo islamico contemporaneo, quale la tutela dei diritti, attraverso cui poter analizzare i limiti che l'impostazione giuridica tradizionale impone al sistema nel suo processo di modernizzazione.

Ciò permette di poter rispondere a quegli interrogativi che si chiedono se l'islam sia un effettivo ostacolo alla applicazione della teoria dei diritti ed, al contempo, se questa ultima, per come a noi pervenuta, sia da considerare una teoria meramente occidentale o possa essere riconosciuta una possibile compatibilità anche con quelle culture considerate "altre"<sup>6</sup>, contribuendo ad avvicinare gli ordinamenti islamici a quelli occidentali.

L'analisi del rapporto tra islam e diritti richiama le prospettive possibili di dialogo futuro, e che coinvolge direttamente la materia costituzionale, da un lato, ed il generale livello di tutela che può essere riservato ai singoli, dall'altro. Le ragioni della disparità di trattamento sono da ricercare nel diritto tradizionale che ancora oggi influenza gli odierni sistemi di diritto, seppur esistono posizioni attraverso cui costruire una nuova dottrina ed avallare una teoria pubblica che anticipa una teoria costituzionale compiuta, ed influenzare così il costituzionalismo odierno nell'individuazione delle possibili prospettive anche in termini di tutela giuridica dei singoli.

---

<sup>4</sup> Cfr. A.A. AN-NA'IM, *Toward a trans-cultural approach to defining international standards of human rights*, in A.A. AN- NA'IM (ed. by), *Human rights in trans-cultural perspective. A quest for consensus*, Philadelphia, 1992

<sup>5</sup> Sul tema dell'evoluzione storica dei diritti cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA, (a cura di) *I diritti costituzionali*, Torino, 2006

<sup>6</sup> Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, "Universalità di quale uomo", in F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Torino, 1996

*1. Diritti umani versus diritti fondamentali: una premessa di metodo*

Seppur sia stata usata fino ad adesso la sola locuzione “diritti”, prima di proseguire con il lavoro deve essere chiarito come oggetto di questa parte dello studio siano i diritti intesi nella declinazione di “diritti umani” e non di “diritti fondamentali”. Come la teoria giuridica insegna, i primi rimandano a situazioni soggettive assimilabili ad ogni uomo in quanto tale, indipendentemente dall'appartenenza ad un determinato gruppo e/o nazione, e quindi oggetto della materia internazionalistica, mentre i secondi richiamano la matrice giuspositivistica, per cui sono fondamentali i diritti riconosciuti dall'autorità competente in un determinato ordinamento e tutelati attraverso meccanismi di garanzia generalmente realizzati per mezzo della previsione di Corti Costituzionali.

La loro diversa definizione attiene all'ambito “territoriale” della loro protezione e tutela, riferita rispettivamente al contesto internazionale od a quello nazionale. Nel primo caso si parla propriamente di “diritti umani” mentre nel secondo le teorie costituzionaliste preferiscono utilizzare la locuzione di “diritti fondamentali”.

Si tratta di termini spesso confusi, sebbene le due definizioni possono coincidere in quanto, posto che ogni specifica comunità può riconoscere dei diritti e delle libertà particolari alla luce delle specificità proprie che la costituiscono, il fondamento del riconoscimento rimane il medesimo. Tuttavia, se è vero che i diritti umani coincidono con i diritti fondamentali, non sempre i diritti fondamentali sono anche diritti umani, essendo i primi conseguenza delle scelte di una determinata autorità giuridica circostanziata in un territorio.

Da qui la preferenza per i diritti intesi nell'accezione di “diritti umani”, gli unici a poter inglobare quei principi generali a cui si ispirano tutti gli ordinamenti, superando così le differenze avanzate sul piano locale o regionale.

Molte delle Carte dei diritti, infatti, sia se considerate sul piano internazionale che su quello regionale o nazionale, contengono la medesima lista di diritti e di doveri, provando in tal modo la coincidenza sui temi relativi al loro riconoscimento ed alla loro protezione, e lasciando solo in una fase successiva agli specifici ordinamenti la definizione delle vie per una loro fattibilità. Intesi sotto questa accezione, i diritti

### CAPITOLO III

umani convergono con i diritti costituzionali/fondamentali, in quanto entrambi finalizzati alla protezione dell'individuo dalle forme di potere o dalla discriminazione. È così spiegato il *favor* che in questa sede è previsto nei confronti dei documenti adottati dalla Comunità internazionale rispetto alle "prassi" giuridiche locali. Il riconoscimento dei diritti va di fatto oltre i confini nazionali, per cui l'analisi in questo capitolo sarà sganciata dall'approfondimento sui singoli casi giuridici, ai quali al contrario si rimanda, al fine di individuare quelle radici comuni ed auspicare la creazione di un regime che travalica i confini statali, tale da far corrispondere le due categorie.

Questa scelta rileva soprattutto nell'approccio con la materia islamica, in cui le divergenze di contenuto, così come le discriminazioni ancora perpetuate dalla maggioranza dei sistemi giuridici sono giustificate proprio in ordine ad un fondamento diverso dei diritti stessi, che soltanto un tale tipo di approfondimento permette di cogliere. Le norme delle Costituzioni, in tema di dignità umana ed eguaglianza di ogni essere umano e diritti fondamentali, invero, detengono sempre un *quid* che rimanda all'universalità, per cui è possibile rintracciare una "naturale" tensione all'universale nella teoria dei diritti fondamentali. L'universalismo così inteso non intende sminuire l'impatto delle tradizioni locali, ma, al contrario, tenta di individuare quel nucleo comune, presente in tutte le singole culture che si esprimono nell'ambito dei diritti fondamentali. Per tali motivi, l'analisi si sgancia da un approfondimento che è unicamente "costituzionale", per riferirsi al contesto "universale", in quanto a-culturale. I diritti non sono, infatti, un affare privato degli Stati, ma un patrimonio di tutta l'umanità, motivo per cui si sostiene che il loro approfondimento con riferimento al contesto islamico debba essere sganciato dall'esame dell'una o dell'altra esperienza nazionale.

Ricordando Bobbio, "i diritti nascono come diritti naturali, si sviluppano come diritti costituzionali e si dirigono verso la meta dei diritti universali"<sup>7</sup>.

Si tratta di una precisazione voluta perché, pur essendo uno studio di natura "costituzionale", si è scelto di trattare la questione dei diritti per la loro valenza internazionale/universale, quella capace, in altre parole, di canalizzare le culture giuridiche e vagliare il grado di accettazione degli stessi in quei contesti considerate

---

<sup>7</sup> Cfr. N. BOBBIO, *op. cit.*

estranei. È questa, quindi, una precisazione “formale” che cede il passo ad una accezione sostanziale, nel tentativo di estendere, in una sorta di riconoscimento condiviso a livello mondiale il livello di tutela sancito dalle teorie del costituzionalismo occidentale<sup>8</sup>.

## *2. Riconoscimento dei diritti e meccanismi di garanzia a livello universale e regionale*

L'idea dei diritti dell'uomo rimanda necessariamente ad una dimensione universale, seppur la sua applicazione sia stata sottoposta a visioni “particolari”, sulla scorta del pluralismo storicamente esistito.

Il problema di proteggere l'universalità dei diritti ed allo stesso tempo le specificità culturali è un tema attuale, il quale viene alla luce proprio nel confronto con la dottrina giuridica islamica, la quale con forza mira a salvaguardare la lettura autoctona dei diritti.

In realtà, sia nel contesto occidentale che in quello islamico il riconoscimento dei diritti dell'uomo ha avuto una matrice religiosa. Se nel primo ciò è avvenuto nel periodo delle guerre confessionali, tra il sedicesimo ed il diciottesimo secolo, con la proclamazione della libertà di religione e del conseguente principio di laicità<sup>9</sup>, nel contesto islamico tale scissione non si è mai realizzata, ed i diritti sono rimasti ancorati all'identità ultraterrena e divina, fonte della tutela e della garanzia ammissibile per gli stessi. Nel primo, così, l'avvento dello Stato liberale e lo sviluppo delle tesi illuministiche ha determinato l'allontanamento dei diritti dell'uomo dalla matrice religiosa, i quali sono stati concepiti come diritti naturali proclamati dalla ragione, attraverso un processo di secolarizzazione che ha caratterizzato le Dichiarazioni enunciate alla fine del diciottesimo secolo<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Già Bobbio sosteneva come il problema dei diritti fosse principalmente quello di proteggerli e non solo quello di riconoscerli e giustificarli, un problema questo di natura politica che assume ampie dimensioni sul piano internazionale rispetto al confine nazionale. Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997

<sup>9</sup> Cfr. L. HOFFMAN, *The Universality of Human Rights*, in *Law Quarterly Review*, vol. 125, 2009, pag. 416

<sup>10</sup> Prima fra tutte la *Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America* del 1776, con la quale i diritti sono definiti “fondamentali, naturali, inalienabili ed imprescrittibili”, svincolati dall'appartenenza ad una qualsiasi realtà politica e prossimi ad essere preannunciati come universali.

### CAPITOLO III

Tra queste, la *Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino*<sup>11</sup> del 1789, la quale per la prima volta ha stabilito il carattere fondamentale ed universale dei diritti, riconosciuti in quanto “tutti gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali” (articolo 1)<sup>12</sup>. Con lo Stato di diritto, poi, il riconoscimento degli stessi è stato ascrivito alla legge, superando la tesi dei diritti naturali e divenendo fondamento della Legge per eccellenza, la Costituzione, e dell'attività di tutela perseguita per mezzo della giustizia costituzionale.

Questa nuova identità si è cristallizzata nella volontà di tutela perseguita a livello internazionale il cui prodotto è stata la moltiplicazione di Carte e documenti vincolanti, ai quali le Costituzioni nazionali hanno riconosciuto precedenza giuridica. Prodotto di questa nuova coscienza è stata la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*<sup>13</sup>, adottata nel 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, alla quale sono seguiti i due *Patti internazionali delle Nazioni Unite* del 1966<sup>14</sup>, il primo sui diritti civili e politici ed il secondo sui diritti economici, sociali e culturali<sup>15</sup>.

Uguale dignità giuridica hanno assunto le Dichiarazioni sottoscritte a livello regionale, prima fra tutte la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa nel 1950<sup>16</sup> e successivamente integrata da quattordici protocolli aggiuntivi,

---

<sup>11</sup> Con la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 la Francia rivoluzionaria si prefiggeva il compito di garantire sia in sede di giudizio che in fase legislativa una forma di tutela del cittadino contro la forza dello Stato, garantendo così una tutela minima a tutti i cittadini, riconosciuti uguali indipendentemente dall'appartenenza ad un gruppo. Cfr. il testo in *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino*, approvata a Parigi il 26 agosto 1789, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/normativa/file/dirUomoCitt.html>. Prima di queste fondamentali enunciazioni era stato adottato in Inghilterra nel 1689 il *Bill of rights*, il quale, contrariamente alla dichiarazione francese, prevedeva garanzie e diritti riconosciuti unicamente a determinati ceti. Anche per tal motivo, la Dichiarazione dei diritti del 1789 si è stata una grande innovazione, portatrice di un fondamento nuovo del modo di intendere e tutelare i diritti dell'uomo. Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2004, pagg. 278 e ss.

<sup>12</sup> Secondo l'art. 4 della Dichiarazione, la libertà riferisce alla capacità giuridica di ogni persona di decidere per sé, senza ledere la libertà altrui. In tal senso, si stabilisce la piena autonomia individuale, la quale può essere limitata dalle legge soltanto in casi eccezionali, sempre finalizzati a conseguire il bene ultimo della società tutta.

<sup>13</sup> Cfr. *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo*, approvata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, in <http://files.studiperlapace.it/docs/dichuniversale.pdf>

<sup>14</sup> Adottati con Risoluzione n. 2200. Il primo, il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* è entrato in vigore il 23 marzo del 1976, il secondo, il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* è entrato in vigore il 3 gennaio 1976. Cfr. R. LUTTAZZO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Torino, 2001

<sup>15</sup> Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006

<sup>16</sup> La CEDU è stata approvata a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953. Il suo Preambolo richiama i principi tutelati dalla Dichiarazione ONU, ma a differenza di questa ultima

la quale ha modificato ed ampliato il contenuto dei diritti, riferendo nel Preambolo alla costituzione di “un regime politico democratico, una concezione comune ed un comune rispetto per i diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”.

Ognuna di tali dichiarazioni ha sottolineato il valore universale dei diritti attraverso il richiamo alla dignità umana, fondamento dei diritti della persona, nella prospettiva di un “cosmopolitismo costituzionale”<sup>17</sup>. I documenti adottati in queste sedi hanno fatto propria, di fatto, la teoria dell’universalismo dei diritti e del giusnaturalismo, unendo le due culture filosofico-giuridiche principali dell’epoca, quella liberale e quella socialista<sup>18</sup>. La grandezza della dichiarazione ONU, invero, risiede proprio nell’esser riuscita ad andare oltre le divisioni politiche esistenti, risultato “alto” che già con i due successivi Patti è stato difficile da confermare<sup>19</sup>.

Il richiamo ad esse, in questo *excursus* veloce, rimanda all’evoluzione della nozione di universalismo che si è avuta nel contesto occidentale, ma che spesso è attaccata dalle culture estranee. La questione dei diritti non ha riguardato, infatti, solo il profilo giuridico e l’ordinamento stesso, ma è stata influenzata dalla dimensione giuridico-istituzionale del sistema senonché, e forse anche maggiormente, da quella politica e sociale.

---

la CEDU ha una rilevanza regionale, seppur corredata da una istanza giurisprudenziale sovranazionale di tutela dei diritti unica nel suo genere, la Corte Europea dei diritti dell’uomo. Questa rappresenta oggi il meccanismo di implementazione della garanzia dei diritti più efficace esistente. Cfr. *Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, in <http://www.admin.ch/ch/i/rs/i1/0.101.it.pdf>

<sup>17</sup> Cfr. F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, vol.3, 2005, pagg. 321 e ss.

<sup>18</sup> La prima tendenza è contenuta nell’articolo 1, che riprendendo il testo della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 sancisce che “*tutti gli uomini nascono liberi ed uguali in dignità e diritti*”, mentre l’impostazione socialista si legge in tutta la parte che tutela i diritti economici, sociali e culturali. Si pensi ai diritti sanciti nell’articolo 22, il quale prevede il diritto alla sicurezza sociale e la realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali necessari per la realizzazione della dignità dell’uomo ed allo sviluppo della sua personalità; o ancora l’articolo 23 che tutela il diritto al lavoro, l’articolo 25 che protegge il diritto alla salute ed al benessere della famiglia, l’articolo 26 che riconosce il diritto all’istruzione. Se la dottrina liberale riconosce il principio personalistico, quella socialista fa rientrare i diritti in una logica solidaristica, affiancando nella dichiarazione i diritti individuali ai diritti collettivi e sociali.

<sup>19</sup> I due documenti, proclamando l’uno i diritti politici e civili e l’altro i diritti economici, sociali e culturali, hanno segnato la fine dell’unità della “doppia” visione sui diritti umani, avviando la fase della regionalizzazione ed il rafforzamento di quelle posizioni sostenute dagli ordinamenti africani ed asiatici, nel frattempo divenuti attori principali nell’azione di *drafting* delle Convenzioni. I Patti hanno fissato, infatti, il diritto alla auto-determinazione, così come il divieto di discriminazione e l’uguaglianza di tutti gli individui, posizioni giuridiche fortemente influenzate dalle culture che avevano subito la colonizzazione.

Nel riconoscimento dei diritti, e del livello di tutela e garanzia a questi riconosciuti, è difatti, possibile valutare il grado di democraticità di un sistema ed, in questo senso, l'analisi dei sistemi giuridici islamici è significativa essendo i principali ordinamenti in cui la dimensione "politica" nella materia dei diritti è sempre stata forte, tantoché la questione è stata vissuta più come uno strumento per proteggere la propria autonomia rispetto all'impostazione esterna, che come una conquista civile e giuridica. Ciò spiega anche il perché qui i diritti hanno continuato ad essere legittimati con riferimento alla *shari'a*<sup>20</sup>, intesa come fonte per eccellenza dalla quale discende il fondamento per gli stessi<sup>21</sup>.

I diritti, pertanto, sono riconosciuti solo se nel quadro della legge islamica, soprattutto in materia di libertà di religione e di garanzia del principio di eguaglianza. Solo lentamente si è avviata una fase di autocritica volta ad individuare le basi per abbracciare la tesi dei diritti, seppur mantenendo ferme le proprie specificità culturali e religiose, sfociate in dichiarazioni regionali e laiche che hanno mantenuto però la peculiarità dell'area.

Difatti, se con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948 si è inaugurata la stagione delle Carte universali dei diritti, di contro si è andati verso una fase di regionalizzazione e specializzazione<sup>22</sup>, con la quale la materia è stata rivista alla luce delle specificità delle singole regioni in cui la stessa ha trovato applicazione. Se il fenomeno della specializzazione riferisce, tuttavia, alle dichiarazioni promulgate al fine di tutelare categorie protette, quali la donna o l'infanzia, caratterizzandosi quale modalità per il rafforzamento della tutela dei diritti stessi, quello della regionalizzazione determina la proclamazione di dichiarazioni che riferiscono ad una singola area geografica, continentale o sub-continentale, prodotte spesso dalla scarsa fiducia nell'universalismo giuridico, ed aventi come fondamento valori etici o religiosi propri di una determinata cultura o concezione del mondo, in nome di valori diversi, se non opposti, a quelli sottostanti alle Dichiarazioni universali.

A partire dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali* approvata dal Consiglio d'Europa, e passando per le

---

<sup>20</sup> In tal senso l'articolo 10 della Dichiarazione del Cairo, che riconosce l'islam quale la religione naturale dell'uomo.

<sup>21</sup> Cfr. G.P. PAROLIN, *Orientamenti del diritto e della filosofia politica islamica: problemi di metodo*, in A. DI GIOVINE, S. SICARI, *Democrazie imperfette*, Torino, 2005

<sup>22</sup> Cfr. E. DENNINGER, *op. cit.*, pag. 51

dichiarazioni adottate nel continente americano, asiatico e per quelle islamiche, prima fra tutte la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'islam*, si prende atto di come la regionalizzazione sia stata avanzata in più aree geografiche, ed inizialmente anche incentivata dalle stesse istituzioni internazionali, le quali la avevano considerata quale la migliore via per l'implementazione dei diritti stessi<sup>23</sup>.

La regionalizzazione può essere intesa, pertanto, sia come una presa d'atto dell'impossibilità di giungere ad una convergenza, stante le differenze tra le diverse culture giuridiche e sociali, che come il raggiungimento di una elevata tutela dei diritti, che diventano espressione delle specificità di un determinato gruppo sociale, e quindi della sovranità degli Stati, seppur senza negare il fondamento ultimo dei diritti riconosciuti sul piano universale.

A questa ultima categoria appartiene, *in primis* la *Convenzione americana sui diritti dell'uomo*, stipulata a San José in Costa Rica il 22 novembre del 1969 ed entrata in vigore il 18 luglio 1978. Questa, nel Preambolo<sup>24</sup> dispone la volontà di ribadire la portata della Dichiarazione ONU nel continente sudamericano, senza prevedere alcun elemento di contraddizione. Nell'area di riferimento, la Convenzione americana si costituisce quale semplice prosecuzione del documento redatto in sede internazionale, avallando il riconoscimento dell'impianto universale dei diritti dell'uomo.

La specificità culturale è proclamata, invece, con la *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* o *Carta di Banjul*, adottata dall'Organizzazione per l'Unità Africana (OUA) a Nairobi, in Kenya, il 20 giugno del 1981 ed entrata in vigore il 21 ottobre 1986. È questo il primo documento internazionale che sancisce il diritto dei popoli, tra cui quello all'autodeterminazione, allo sviluppo ed ad un ambiente sano, unitamente ai classici diritti civili, politici ed economici. L'identità africana si afferma sulla base della comune esperienza di tali popoli del fenomeno del colonialismo e del neocolonialismo, come nel caso dell'*apartheid*. Anche questa Carta non rigetta i diritti dell'uomo proclamati sul piano universale, ma rivendica

---

<sup>23</sup> A tale scopo era stata prevista la istituzione di *Commissioni regionali dei diritti dell'Uomo* dalla Commissione ONU del 15 marzo 1967, progetto questo che però non ha mai trovato traduzione della realtà. Cfr. C. ZANGHI<sup>2</sup>, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2002, pagg. 101 e ss.

<sup>24</sup> Nel Preambolo si stabilisce che “finalità di questa Carta è l'intenzione di consolidare, nel quadro delle istituzioni democratiche, un sistema di libertà personali e di giustizia sociale basato sul rispetto dei diritti essenziali dell'uomo, in accordo con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo”.

### CAPITOLO III

meramente il riconoscimento della specificità della cultura africana, senza negare la possibilità di una convergenza fra questi. Dalla lettura del testo, difatti, emergono sia somiglianze con il testo occidentale che contrapposizioni, motivo per cui può considerarsi la rappresentazione “di una sensibilità differente”, connessa alla storia vissuta da tali popoli, ma che non vuole ostacolare l’universalità dei diritti stessi<sup>25</sup>.

Sullo stesso piano è posta l’idea di diritti dell’uomo sviluppata ed enunciata nel continente asiatico. Già con la *Dichiarazione di Bangkok* adottata nel 1991 e firmata da Singapore, Malesia, Taiwan e Cina, si era stabilito l’esistenza di “valori asiatici” in tema di diritti. Questa idea è stata ribadita nel 1984 a Kwangiu, in Corea del sud, con l’adozione della *Carta dei diritti umani*, dichiarazione adottata da un numero elevato di Organizzazioni non governative ed associazioni civili dell’area asiatica, e pertanto non giuridicamente vincolante, ma che rappresenta un documento programmatico attraverso cui i soggetti membri si sono proposti di perseguire la “battaglia asiatica per i diritti e le libertà fondamentali” (par. 1.1 e 2.1 della Carta). La contrapposizione più profonda che distanzia il concetto di diritti dell’uomo in ambito asiatico è relativa ad un’identificazione comunitaria degli stessi e che si allontana dalla visione individualista della Dichiarazione ONU. Questo in virtù del riconoscimento della “comunità” come soggetto prioritario rispetto all’individuo, secondo una concezione armonica dell’ordine umano che riproduce l’ordine cosmico, in cui fondamentali sono i ruoli ed i doveri dei singoli. Trova conferma, in ogni caso, anche in tale sede la concezione dei diritti sancita nella Carta ONU, nell’auspicio di individuare la via per l’avvicinamento delle posizioni universali con le tradizioni culturali.

Questi tre casi rappresentano l’evidenza di come in diversi contesti particolari si sia tentato di cogliere il valore dei diritti dell’uomo senza rinunciare alla loro universalità. L’adozione di queste dichiarazioni regionali ha rispecchiato, cioè, la volontà di richiamare le specificità dei vari contesti, mostrando una diversa intensità di accettazione dell’universalità dei diritti, ma senza rinunciare alla stessa. Questo a

---

<sup>25</sup> Ai fini di questo studio è interessante notare come la Carta Africana sia stata firmata anche da alcuni importanti Stati a maggioranza musulmana, come l’Algeria, l’Egitto, la Libia, il Sudan e la Tunisia, seppur la Carta presenti un contenuto laico. Ciò si traduce nell’assenza di riferimenti al diritto tradizionale islamico, dai quali discendono le principali discriminazioni, come quelle afferenti allo statuto personale e al matrimonio, ambito in cui si esplicitano le principali violazioni ancora vigenti negli ordinamenti dell’area.

prova del non isolamento del fenomeno islamico, che può essere inserito in questo movimento regionale per i diritti sviluppato in più parti del globo e che conferma un'esigenza di tutela a livello locale dei diritti, seppur al contempo "unico" nella sua specie, in virtù del richiamo alla rivelazione divina quale fonte legittimante.

Il caso islamico, seppur inquadrabile tra le esperienze volte alla particolarizzazione del diritto, si discosta dalle altre prese di posizione per aver sostenuto con forza la contrarietà ai principi enunciati nei documenti internazionali in virtù dell'origine "divina" dei diritti, facendo dei documenti qui adottati, ed analizzati nelle pagine seguenti, i casi più emblematici<sup>26</sup>.

Se è vero, quindi, che i diritti dell'uomo oggi risentono delle tradizioni giuridiche, istituzionali e culturali proprie dei popoli occidentali che hanno spinto al loro riconoscimento, al contempo, è necessario stabilire il significato che i contributi regionali, ed in particolare quello islamico, possono aver dato all'evoluzione della tutela dei diritti stessi, tale da poter valutare se esiste o meno un fondamento unitario tra la pluralità delle posizioni che sono state fino al momento avanzate.

### *2.1 L'universalismo situato ed il margine di apprezzamento*

Prima di analizzare le dichiarazioni adottate nell'area islamica e calarsi nella specifica realtà giuridica musulmana, si tenta qui di richiamare quelle teorie che si sono sforzate di individuare una via per garantire l'universalismo nonostante la tendenza al regionalismo appena esposta.

Si è detto, pur brevemente, che la casistica islamica rappresenta una situazione limite al riconoscimento dei diritti in chiave universale. Ma davanti alla proliferazione delle Dichiarazioni regionali, c'è da chiedersi se queste assunzioni di "parte", pur nella loro specificità, rappresentino un'espansione del concetto di diritto dell'uomo sulla base di quanto enunciato con le Dichiarazioni universali, od un limite al riconoscimento universale dei diritti stessi.

---

<sup>26</sup> Questa posizione è resa attraverso il riferimento al Corano od agli *hadith* nelle disposizioni delle Dichiarazioni, attraverso un processo che può essere definito di "culturalizzazione" del diritto. Cfr. D. ANSELMO, *op. cit.*, pag. 254

### CAPITOLO III

Secondo Algostino<sup>27</sup>, i diritti enunciati nelle Carte regionali non negano la loro universalità, in quanto tali Dichiarazioni rappresentano unicamente un modo per contestualizzare i diritti universali in contesti particolari. Per tal motivo è bene leggere il fenomeno dei diritti umani legittimando il ricorso alla clausola dell'universalismo situato, tramite la quale è possibile riconoscere la tendenza universalistica dei diritti della persona, convenendo, al contempo, sulla loro distinzione in base alle specificità dei contesti in cui i diritti stessi assumono valore, che nel caso islamico è rappresentata dalla *shari'a*.

Così, l'universalismo può essere basato su un nucleo minimo di valori astratti ma condivisi globalmente, i quali trovano applicazione concreta nei diversi contesti culturali, secondo le rispettive accezioni. In tal modo si "particolarizzano", contestualizzandosi, o "situandosi" in un determinato ambito.

Seguendo questo approccio, nel caso musulmano la legge islamica è assunta quale fondamento specifico dal quale far derivare i principi ed i valori inerenti alla dignità umana. Partendo dalla *shari'a* si può determinare, cioè, la convergenza tra quanto prescritto a livello internazionale e quanto stabilito nel contesto islamico, ed eliminare la possibilità di prese di posizioni che limitano la validità universale dei diritti stessi. Per giungere a tale risultato, è necessario uno sforzo volto a ricercare i valori comuni ed i possibili contatti, così come le differenze. La divergenza più profonda tra le due visioni giuridiche è, di fatto, legata al mancato riconoscimento nell'area islamica del principio di laicità, il che comporta, come conseguenza, il mancato riconoscimento di garanzie per la tolleranza e la libertà religiosa. Tuttavia, è possibile intravedere una convergenza di valori tra dichiarazioni internazionali ed islamiche che trova fondamento nel complesso di quei diritti che in entrambi i livelli sono tutelati, attraverso i quali si può evocare un universalismo "situato" giacché riferito alla specificità del contesto di riferimento, evidenziando una potenziale effettività dei diritti anche laddove gli stessi non sono accettati, secondo la definizione occidentale degli stessi.

---

<sup>27</sup> Cfr. A. ALGOSTINO, *I diritti fra rispetto delle culture e imposizione di un modello: la via dell'universalismo situato*, in R. ORRÙ, L. G. SCIANNELLA (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004

Al pari della clausola dell'universalismo situato, altri studiosi<sup>28</sup> si sono occupati di individuare le modalità per affermare l'universalismo in termini positivi, al fine di individuare strumenti adatti per far valere i diritti in tutti i contesti, al di là della loro diversità, e pervenire ad una effettiva tutela e garanzia a livello mondiale.

Quanto sostenuto è attuabile attraverso il ricorso alla clausola del "margine di apprezzamento" sviluppata dalla Corte Europea dei Diritti dell'uomo, da applicare a livello mondiale<sup>29</sup>.

La Corte, infatti, a partire dal famoso caso *Otto-Preminger-Institute c. Austria*<sup>30</sup>, ha riconosciuto, l'ammissibilità della limitazione di libertà fondamentali previste dalla CEDU, al fine di perseguire la pace tra i popoli e prevenire la discriminazione nei sentimenti altrui. Secondo la Corte, è ammissibile che i governi nazionali possano meglio bilanciare i valori in gioco, sulla scorta della migliore consapevolezza della comunità sociale su cui le regole giuridiche trovano applicazione. La stessa considera gli Stati membri della Convenzione, soggetti dotati di un margine di scelta nelle politiche adottate nella gestione della cosa pubblica, tanto da pervenire ad accogliere le limitazioni imposte dalle legislazioni nazionali alla Convenzione stessa, se ciò risponde ad un obiettivo più alto, che è quello di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. G. CARACCILO DI BRIENZA, *op. cit.*

<sup>29</sup> Il contenuto del margine di apprezzamento è elaborato per la prima volta nel caso *Handyside Vs United Kingdom* (n. 5493/72) del 7 dicembre 1976 in cui si riconosce la legittimità del desiderio di ogni società di proteggere le peculiarità su cui la stessa si basa. Oggetto della questione è la libertà di manifestare il pensiero, che nel caso di specie riguarda l'incitazione alla libertà sessuale da parte di un testo inglese. Con riguardo a tale fattispecie, il ricorrente si vede negare da parte della Corte di Strasburgo il riconoscimento della libertà in quanto collidente con i principi della società democratica, tra i quali rientrano anche l'obiettivo di proteggere la morale pubblica ed i diritti altrui. Successivamente alla *Handyside*, la Corte applica il margine di apprezzamento in riferimento alla materia della libertà di espressione in *Muller e altri c. Svizzera* del 24 maggio 1988, nella quale conferma la misura restrittiva imposta dalla autorità di Friburgo nei confronti dei dipinti riproducenti scene sessuali, considerate oltraggiose ed offensive per la morale pubblica. Cfr. J.A. BRAUCH, *The margin of appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Columbia Journal of European Law*, n. 11, 2004, pagg. 113 e ss.

<sup>30</sup> *Giudizio della Corte Europea* (n. 13470/87) del 20 settembre 1994, in *ECHR*, 1194, serie A, vol. 295. In tal caso, la Corte legittima la censura del film *Das Liebeskonzil* considerato offensivo nei confronti degli standard locali, coincidenti con la morale cattolica della maggioranza dei tirolesi. La Corte conferma la decisione delle autorità austriache finalizzata ad assicurare la pace religiosa nella regione, facendo di tale decisione il culmine dell'applicazione del margine di apprezzamento, per cui il sentimento della maggioranza "indigena" prevale sulla tutela delle posizioni delle minoranze.

<sup>31</sup> La stessa Convenzione stabilisce all'articolo 9 che la libertà di religione può essere limitata per i motivi suddetti, nonché per proteggere il diritto e le libertà altrui, condizione che permette di accogliere molte delle istanze di limitazione di tale libertà imposte dai governi nazionali. S. LARICCIA, *A cinquant'anni dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'art. 9*, in *Studi in onore di*

### CAPITOLO III

La Corte individua, in tal modo, un compromesso tra i principi “generali” e quelli “particolari” che sono applicati in una specifica comunità politica e sociale, alla luce della cultura di cui quest’ultima è portatrice. Così facendo, il giudice europeo mantiene un atteggiamento di *self-restraint* nei confronti delle legislazioni nazionali, lasciando liberi gli Stati di attuare la norma in base alla modalità di implementazione prevista nell’ordinamento stesso.

Il margine di apprezzamento, pertanto, attiene al sistema “sopranazionale” che caratterizza la Convenzione Europea per i diritti dell’uomo ed opera in virtù del principio di sussidiarietà, per cui la protezione prevista dalla Convenzione diventa “accessoria” a quella sancita dagli Stati in materia di diritti umani. La dottrina della Corte si basa sull’assunto che riconosce il diritto di ogni ordinamento di risolvere le questioni conflittuali interne secondo i valori condivisi dalla nazione, tanto da ammettere, ed è questo il dato che interessa, una lettura “relativista” dei diritti, per i quali è accettata una loro diversa declinazione a seconda della regione di riferimento e dei valori religiosi, culturali e morali della stessa. Ne discende che non è possibile accettare l’esistenza di una sola norma valida per tutti, ma possono esistere una pluralità di leggi pari al numero delle realtà presenti nel contesto di riferimento, che

---

*Francesco Finocchiaro*, n.2, 2000. La Corte Europea ha sempre tenuto conto del margine di apprezzamento e per i motivi che interessano questo studio, ha spesso ammesso la limitazione della libertà di religione al fine di tutelare valori più alti, come la laicità dello Stato, lasciando agli Stati un largo margine per definire le misure più appropriate per conciliare la libertà religiosa con la separazione tra lo Stato e la Chiesa. Fin dal Caso *Kokkinakis c. Grecia* del 25 maggio 1993, la Corte sostiene come la tutela della libertà di pensiero, di coscienza e religiosa di cui all’articolo 9 della CEDU rappresenti uno dei pilastri della società democratica. Questa disposizione deve combinarsi con l’articolo 2 del Protocollo addizionale n. 1, adottato il 20 marzo 1952, che riconosce il diritto all’istruzione prevedendo il compito dello Stato a rispettare l’indirizzo dei genitori nell’imprimere le convinzioni religiose e filosofiche ai figli. Così, nel caso *Refah c. Turchia* del 13 febbraio 2003, la Corte limita la libertà di associazione al fine di tutelare la laicità della Repubblica turca, come anche nel caso *Yanasike c. Turchia* del 6 gennaio 1993, in cui conferma la legittimità degli Stati di restringere la libertà di manifestazione del credo dei dipendenti pubblici nello svolgimento delle loro mansioni al fine di tutelare il principio stesso. Nelle parole della Corte, il servizio pubblico è il prodotto di una scelta del singolo, e una volta compiuta, il pubblico dipendente non può sottrarsi dagli obblighi che lo stesso impone; ancora nel caso *Kalaç c. Turchia* del 1 luglio 1997 giudica legittimo il prepensionamento imposto ad un membro delle forze armate turche attivo in una setta religiosa da parte del Corpo militare, in quanto la manifestazione della libertà di religione è limitata se si appartiene ad una forza armata che ha tra i suoi compiti anche quello di perseguire la laicità dello Stato. La Corte tratta la questione anche con riferimento ad altri Stati europei, come in *Stedman c. Regno Unito* (del 9 aprile 1997), *Valsamis c. Grecia* (18 dicembre 1996), *Jewish Liturgical Association Cha’are Shalom Ve Tsedek c. Francia* (27 giugno 2000) in materia di macellazione rituale degli animali e diritto alla pratica religiosa. Cfr. S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2008, pagg. 101 e ss.

nel caso della Comunità Internazionale deve tenere presente tutti i diversi livelli giuridici afferenti ad ogni gruppo culturale.

Sebbene il margine di apprezzamento sia un concetto europeo, si può condividere che una sua applicazione sostanziale potrebbe essere auspicata sul piano internazionale al fine di riconoscere ai governi nazionali una discrezionalità nell'applicazione delle norme in relazione alle circostanze locali, garantendo il riconoscimento degli standard minimi di tutela sanciti sul piano internazionale, in quanto principi generali stabiliti in sede ONU, ed al contempo la possibilità che gli Stati godano di un margine di apprezzamento nella garanzia effettiva dei diritti stessi, alla luce delle peculiarità di cui sono portavoce, senza alterare il sistema dei valori cui fanno riferimento. Così facendo, si assicurerebbe sia l'applicazione dei diritti che il rispetto delle specifiche politiche governative, rappresentanti dei movimenti della società civile e delle voci degli intellettuali nazionali.

Rimane da chiarire fino a che punto l'applicazione delle legislazioni locali sia condivisibile, nel momento in cui si prende atto dell'insieme di discriminazioni dalle stesse previste. Da qui la necessità di soffermarsi sulle Carte adottate nel contesto islamico e valutare se la specificità di tale area possa vincolare o meno nella sostanza l'ammissibilità di tali teorie.

## 2.2 *Le Carte islamiche dei diritti*

Come visto, anche l'area islamica partecipa al processo di regionalizzazione dei diritti attraverso l'adozione di una serie di documenti che identificano il valore "particolare" degli stessi. Negli ultimi anni, il fenomeno delle dichiarazioni si è anche qui intensificato e caratterizzato da differenti correnti giuridiche che hanno influenzato il rapporto tra islam e diritti oggi presente.

Ci si occuperà qui dei tre principali documenti entrati in vigore in questa area, la *Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'uomo* del 1981, la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'islam* del 1990, e la *Carta araba dei diritti dell'uomo* del 1994, ognuna depositaria di proprie specificità ed in un certo senso rappresentanti di un punto di vista "evoluzionistico"<sup>32</sup>, perché simboli di voci diverse nel quadro del

---

<sup>32</sup> Cfr. D. ANSELMO, *op.cit.*, pag. 252

rapporto tra lo Stato e la *shari'a*. Così, se le prime due sono da considerare in continuità assiologica, espressione delle correnti islamiche più tradizionaliste, la terza evidenzia una posizione progressista e secolarizzata, volta a sganciarsi dalla tradizione sharaitica.

Tra queste si pongono due dichiarazioni minori in cui è possibile riscontrare l'approccio laico ai diritti dell'uomo, quali la *Carta tunisina dei Diritti umani* del 1985<sup>33</sup> ed il progetto di *Carta araba dei diritti dell'uomo e dei popoli* del 1986<sup>34</sup>, adottate nel periodo di interregno delle prime due dichiarazioni più conservatrici, rappresentando un'impostazione più secolare, e come tale capace di mitigare anche gli effetti della Dichiarazione del Cairo.

Tre sono le organizzazioni islamiche che si sono impegnate, almeno fino agli anni ottanta, a creare l'alternativa islamica alla visione occidentale dei diritti, quali il Consiglio islamico, un'organizzazione privata con sede in Londra, la Lega degli Stati Arabi, creata nel 1945<sup>35</sup>, e l'Organizzazione per la Conferenza Islamica (OCI)<sup>36</sup>. I

---

<sup>33</sup> La Carta è il frutto dell'impegno in materia di diritti umani della Lega tunisina dei diritti dell'Uomo. Molte delle disposizioni della stessa riprendono quanto disposto dalla Dichiarazione ONU del 1948, nonostante i problemi sollevati nella fase della sua redazione con riferimento ai limiti imposti dalla *shari'a* nella materia del matrimonio di una donna con un non musulmano e di libertà di religione. Il testo definitivo non parla infatti di libertà di modificare il proprio credo quanto della libertà di "scegliere" la religione, evidenziando in tal modo la forza della tradizione in un ordinamento, quale quello tunisino, che ha sempre cercato di applicare un riformismo laico nella modernizzazione delle istituzioni. Cfr. *Carta della Ligue Tunisienne pour la Défense des Droits de l'Homme* (1985), in P. UNGARI, M. MODICA (a cura di), *Per una convergenza mediterranea sui diritti dell'uomo*, Roma, 2000

<sup>34</sup> La Carta è stata firmata a Siracusa nel dicembre 1986 da un Comitato composto da giuristi provenienti da tutto il mondo arabo esperti in diritto musulmano, il cui obiettivo ha tradotto la redazione di una Carta Araba dei diritti Umani che potesse rivestire carattere ufficiale. Il documento definitivo, però, trasmesso alla Lega Araba non è stato adottato, facendo scemare il progetto. Tuttavia, la Carta ha continuato a rappresentare un documento rilevante nel processo arabo-islamico volto alla promozione della cultura dei diritti, sia dei singoli che dei popoli. In particolare, il documento prevede nell'ambito della libertà nel matrimonio, la libertà di scegliere il partner, senza alcun riferimento al credo religioso (art. 14), mentre non è inserito, in materia di libertà di religione un comma relativo alla possibilità di mutare la religione (art.9), confermando anche in questo caso la mancanza di una volontà condivisa nel superare la normativa sharaitica. Cfr. T. KORAYTEM, *Arab Islamic development on human rights*, in *Arab Law Quarterly*, 2001, pag. 258

<sup>35</sup> La Lega degli Stati Arabi è costituita da Regno di Giordania, Emirati Arabi Uniti, Bahrein, Repubblica Tunisina, Repubblica Democratica Popolare Algerina, Repubblica del Gibuti, Regno d'Arabia Saudita, Repubblica democratica di Somalia, Repubblica democratica dell'Iraq, Sultanato dell'Oman, Stato di Palestina, Qatar, Kuwait, Repubblica Libanese, Libia, Repubblica Araba d'Egitto, Regno del Marocco, Repubblica Islamica di Mauritania, Repubblica Yemenita. Cfr. il sito internet [www.leagueofarabstates.org](http://www.leagueofarabstates.org). La Lega è stata tra i principali soggetti a promuovere una teoria dei diritti laica e sganciata dalla visione sharaitica, sottolineando una volontà "regionale" più vicina alle dichiarazioni adottate in ambito internazionale e nelle altre regioni, già brevemente analizzate. Sul ruolo delle ONG, la Lega Araba e la regionalizzazione dei diritti, cfr. A.A. AN-NA'IM, *Human rights in the Arab World: a regional perspective*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 23, 2001, pagg. 701-732. An-Na'im auspica nella sua analisi una maggiore interazione tra i soggetti nazionali, come le

risultati ai quali tali soggetti sono pervenuti sono i documenti su citati, ad evidenza della presenza di una pluralità di approcci alla materia dei diritti, che un'analisi comparata può evidenziare.

Tutte le tre dichiarazioni hanno un riferimento di natura religiosa, in quanto riconoscono la *ummah* come la migliore tra le comunità, i diritti umani solo se in conformità alla *shari'a* e la superiorità della lettura islamica, stante la natura religiosa dei diritti stessi. La Carta Araba, tuttavia, si contraddistingue in quanto rappresentativa di una impostazione più neutrale e secolare, tanto da porsi a metà strada tra gli strumenti internazionali sui diritti umani e quelli islamici.

### *2.2.1 La Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo e La Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'islam*

La *Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo* è stata adottata dal Consiglio islamico a Parigi nel 1981. Questa non rappresenta un documento giuridico ufficiale ma una presa di posizione di intellettuali e giuristi musulmani il cui obiettivo è stato quello di chiarire la posizione dell'islam in merito al tema dei diritti dell'uomo.

Nella dichiarazione si afferma che i diritti devono essere direttamente desunti dalle fonti sacre, il Corano e la *sunnah*. Nella suo Preambolo si legge che “*i diritti dell'uomo nell'islam non dipendono dalla generosità di un re o di un governo, né dalle decisioni emanate da un potere locale o da un'organizzazione internazionale. Si tratta, infatti, di diritti cogenti in virtù della loro origine divina, che non possono essere soppressi, invalidati, violati o trascurati*”<sup>37</sup>.

I diritti nell'islam sono definiti dal Creatore e per tal motivo nessuna persona umana ha il diritto di abrogarli, esplicitando, così, anche in materia di diritti, la morale religiosa dell'area. Nello specifico, sono tutelati il diritto alla vita (articolo 1), alla libertà personale (articolo 2), il diritto all'eguaglianza (articolo 3), ma sempre con

---

istituzioni, e quelli internazionali, tra cui le organizzazioni internazionali e le organizzazioni non governative, quali via per un maggiore sviluppo delle tesi sui diritti nell'area arabo-musulmana.

<sup>36</sup> La Conferenza islamica è l'organizzazione internazionale che riunisce i Ministri degli Affari Esteri degli Stati islamici, riunitasi per la prima volta a Rabat nel 1969. A questa fanno riferimento tutti gli ordinamenti di fede islamica, essendo la religione intesa quale criterio distintivo oltre che ragion d'essere per ammettere l'adesione degli Stati Membri.

<sup>37</sup> Cfr. *Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'uomo* (trad. dal testo arabo originale), in A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998

### CAPITOLO III

specifico riferimento alla legislazione divina. L'articolo 12 suggella, in particolare, la libertà di pensiero e di coscienza, stabilendo che “*ognuno ha il diritto di pensare e credere in libertà, purché ciò avvenga nei limiti previsti dalla Legge islamica*”, mentre l'articolo 13 riconosce la libertà di religione, statuendo che “*ognuno dispone della libertà di religione e pertanto della libertà di praticarla uniformemente alle sue credenze, secondo la sura coranica che stabilisce “Voi avete la vostra religione, io la mia”*”<sup>38</sup>, facendo del richiamo alla fonte divina la chiara evidenza del riconoscimento della base giuridica alla quale fare riferimento. La libertà di religione è assunta, così, come la libertà di invitare ad entrare nell'islam e di diffonderne il messaggio coranico (articolo 14), mentre nessun riferimento è previsto per quanto riguarda il diritto di modificare od abbandonare il proprio credo.

La Dichiarazione dispone anche dei diritti economici e del diritto di proprietà. La natura è proprietà di Dio, il quale la ha donata agli uomini, per cui nessuno può ledere il prossimo di tale diritto (articolo 15 lett. a), riconoscendo il diritto al lavoro per l'uomo quale mezzo per garantire la sopravvivenza ed il diritto di godere del possesso di ciò che si acquisisce con la propria opera (articolo 15 lett. b). In questa parte trova regolamentazione anche l'istituto di derivazione islamica della *zakat* o elemosina rituale, sancita dalla *shari'a* quale dovere per i più ricchi e diritto per i più poveri, in quanto clausola di tutela dei meno abbienti (articolo 15 lett. c).

Il documento rappresenta, quindi, la prima forma di espressione giuridica dei diritti che da millenni la comunità islamica riconosce come discendenti dalla legislazione sacra, secondo un modello che nasce dall'esigenza “regionale” di affermare e tutelare la cultura di appartenenza.

Al contempo, la Dichiarazione presenta una delle questioni più annose che riferiscono ai documenti di origine arabo-musulmana. Ci si riferisce, cioè, alla traduzione che degli stessi ne è stata data, passando dalla versione araba a quella inglese e francese, ambito in cui è possibile notare le differenze esistenti tra l'impostazione originaria, ed il suo riferimento alla legge sacra, e la lettura “occidentalizzata”, in cui il termine *legge*, riferito alla legge divina, è stato tradotto meramente con *diritto*, facendo scomparire tutti quei riferimenti alla *shari'a* e quindi alla sacralità della stessa. Se ci si ferma alla lettura della versione francese ed inglese,

---

<sup>38</sup> Corano (109:6)

infatti, si viene a contatto con una dichiarazione non lontana da quanto suggellato nei documenti internazionali e solo il riferimento alla versione originale svela il fraintendimento lessicale, per cui il termine *legge* o *diritto* indica la *shari'a* ed i limiti imposti dalla stessa<sup>39</sup>. Da questo punto di vista, quindi, la versione inglese o francese appare un tentativo dei traduttori di avvicinare la tradizione islamica a quella occidentale, seppur aperto rimane l'interrogativo sul motivo di questa scelta, che può nascondere l'esistenza di una volontà musulmana di avvicinamento alla tradizione occidentale dei diritti od al contrario il tentativo di affermare, con il solo riferimento al *diritto*, l'esistenza di un unico sistema giuridico possibile<sup>40</sup>.

Queste questioni non hanno riguardato invece la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo nell'islam*<sup>41</sup> adottata al Cairo dall'Organizzazione della Conferenza islamica nel 1990, al momento costituente il documento ufficiale nel quale si enunciano i diritti umani secondo la lettura islamica. Questa riprende lo stesso orientamento della precedente ma, al contrario di questa ultima, è produttiva di effetti giuridici. La vincolatività è motivo anche della presenza della sola versione ufficiale araba, volontà che traduce la tensione a superare tutti i *misunderstanding* venutesi a creare con il documento del 1980.

Nella Dichiarazione si sancisce che tutte le libertà ed i diritti enunciati non possono che essere subordinati alla legge islamica (articolo 24) e che la "*shari'a* è il solo riferimento valido al fine di interpretare o chiarire qualunque articolo della dichiarazione" (articolo 25), per cui destinatario della stessa è il solo fedele musulmano, secondo il principio per cui "l'islam è la religione naturale dell'uomo" (articolo 10). Si conferma il riconoscimento del diritto alla vita, alla libertà ed all'eguaglianza ed il diritto alla libertà di religione, di pensiero e di credo ma solo in conformità a quanto stabilito dalla *legge* (articolo 22); la religione rimane la principale discriminante in materia di matrimonio (articolo 5) e tra musulmani e non

---

<sup>39</sup> Cfr. A. E. MAYER, *op. cit.*

<sup>40</sup> Ad ulteriore conferma di questa discrasia nelle traduzioni, si può riferire al termine "popolo" presente nella versione francese ed inglese corrispondente alla versione araba di "*ummah*" e non a *sha'ab*, che è invece il termine che rende il senso di popolo occidentale in arabo. Ciò ad evidenza di come destinatario della Dichiarazione islamica sia la sola comunità religiosa credente nel dogma islamico.

<sup>41</sup> Cfr. *Dichiarazione del Cairo dei diritti dell'uomo nell'islam*, 1990, in A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998

### CAPITOLO III

musulmani, secondo la classica tradizione giuridica islamica, seppur in assenza di un riferimento esplicito alle norme coraniche od agli *hadith* del Profeta<sup>42</sup>.

Il richiamo alla specificità islamica è realizzato riferendo alla sola *shari'a* e quindi all'insieme delle disposizioni che rievocano la tradizione giuridica in materia di diritti, dalla quale ne consegue l'insieme delle discriminazioni che la dottrina classica contempla, soprattutto nei confronti delle donne<sup>43</sup> e dei non musulmani, enfatizzandole quali conseguenza diretta della volontà divina.

All'interno di queste prime due dichiarazioni si evidenzia, dunque, la lontananza rispetto all'evoluzione occidentale, non essendoci spazio per una concezione armonica con quelle posizioni che riconoscono i diritti all'uomo in quanto tale; così, all'individuo non è attribuita alcuna libertà individuale se non quella fondata su di un'etica oggettiva, che rinvia all'ordine creato dalla volontà ultraterrena da cui discende ogni cosa. I diritti umani, cioè, non possono che essere percepiti come frutto della volontà divina, e come tali devono trovare origine nei principi stabiliti nelle fonti dell'islam. Per cui, di fronte al contenuto della disposizione di cui all'articolo 2 della Dichiarazione universale, che statuisce l'universalità dei diritti umani indipendentemente dal loro status personale, gli equivalenti delle Dichiarazioni islamiche, quali l'articolo 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nell'islam e l'articolo 1 della Dichiarazione del Cairo, affermano l'uguaglianza degli essere umani e la proibizione di ogni forma di discriminazione solo alla luce delle disposizioni giuridiche che caratterizzano questi ordinamenti<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Tra i diritti civili, politici e sociali, la Dichiarazione islamica annovera il principio dell'uguaglianza, vietando tutte le discriminazioni basate sulla razza, colore, lingua, religione, appartenenza politica, condizione sociale o altro (art. 1), la libertà di circolazione e soggiorno (art. 12), la libertà di manifestazione del pensiero (art. 22), il diritto alla *privacy* (art. 18, lett. b), il diritto al lavoro (art. 13), il diritto alla vita dignitosa (art. 17), il diritto di istruzione (art. 9), il diritto di partecipare direttamente o indirettamente all'amministrazione pubblica del proprio paese (art. 23, lett. b).

<sup>43</sup> Secondo la *shari'a*, l'uomo è preposto alla donna ed è tenuto a controllarla e ad esercitare la sua autorità sulla stessa. Nella materia del divorzio, per esempio, il marito può ricorrere al ripudio unilaterale, mentre la donna è ammessa solo alle procedure del divorzio giudiziario o del *'khul*. Al contempo, le donne musulmane non possono sposare non musulmani, per cui se una donna è libera di esprimere il suo consenso al matrimonio e scegliere il proprio partner, ciò deve essere effettuato "nei limiti stabiliti dalla legge". La questione è approfondita nel capitolo 5 al quale si fa rinvio.

<sup>44</sup> D'accordo con la Mayer, la statuizione di cui all'articolo 1 che riconosce il principio di uguaglianza rimanda ad una condizione che nell'ambito dell'islam traduce un pari trattamento per gli appartenenti alla comunità islamica e pari trattamento, ma diverso rispetto alla maggioranza, per chi ne rimane escluso perché seguace di un altro credo. Ciò produce evidenti implicazioni per i non musulmani, la cui condizione continua ad essere discriminata in forza della non appartenenza religiosa alla comunità per eccellenza. Cfr. A. E. MAYER, *op. cit.*, pag. 102

Secondo Pace<sup>45</sup>, in una visione del tutto ottimistica, la Dichiarazione del 1990 può essere considerata un tentativo di dare contenuto universale ai diritti dell'uomo nell'islam attraverso l'utilizzo dell'*ijtihad*, al fine di garantire una legittimazione islamica degli stessi. Questa impostazione riprende la teoria di An-Na'im, nella parte che riconosce l'importanza della legittimazione culturale dei diritti. Ma al contrario di Pace, An-Na'im rigetta il relativismo avanzato dalle Carte islamiche, in quanto contrario ad una effettiva cultura universale dei diritti dell'uomo<sup>46</sup>.

### 2.2.2 La Carta araba dei diritti dell'uomo e la posizione "laica"

La *Carta araba dei diritti dell'uomo*<sup>47</sup> è l'ultima delle principali dichiarazioni adottate nell'area arabo-islamica ma che presenta un orientamento diverso rispetto alle precedenti, in quanto dichiarazione laica in cui assente è il richiamo all'autorità divina quale fonte di legittimazione dei diritti.

È la *nazione* araba degli Stati il *fondamento* del riconoscimento dei diritti alla quale spetta il compito di realizzare i principi di fratellanza ed uguaglianza, avvicinandosi così ad una concezione secolarizzata che si distanzia dalla volontà divina, che sostituisce alla *ummah* islamica gli Stati-nazione.

Il carattere fortemente laico è sancito anche con riferimento alla libertà di religione, in relazione alla quale è disposto che "è garantita la libertà di credo, pensiero ed opinione a tutti gli individui" (articoli 26), in assenza di un richiamo alla Legge islamica quale fonte dalla quale far discendere la qualificazione degli atti umani.

La Dichiarazione è stata adottata dalla Lega degli Stati Arabi nel 1994 con la risoluzione n. 5437. La Lega, in realtà, già a partire dal 1982 aveva predisposto una *Convenzione araba sui diritti dell'uomo*, ma solo nel 1994 questo progetto è stato concretizzato. La Carta Araba può essere letta quale il prodotto degli sforzi di alcuni fra gli ordinamenti arabi di laicizzare la materia dei diritti, allontanandosi dalle posizioni dell'OCI, ed improntando la questione su toni più laici e liberali.

---

<sup>45</sup> Cfr. E. PACE, *Islam e diritti umani: questioni aperte*, in I. ADINOLFI (a cura di), *Diritti umani. realtà e utopia*, Roma, 2004, pagg. 30 e ss.

<sup>46</sup> Cfr. A.A. AN-NA'IM, *Toward a trans-cultural approach to defining international standards of human rights*, cit.

<sup>47</sup> Cfr. *Carta Araba dei diritti dell'Uomo*, in A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998

### CAPITOLO III

Unicamente il Preambolo prevede un richiamo alle precedenti dichiarazioni islamiche, rappresentando l'unica forma di evocazione della *shari'a* prevista in tutto il documento, alla quale si affianca, però, il richiamo alla dichiarazione ONU del 1948 ed ai due Patti delle Nazioni Unite del 1966, consacrando così quale ponte tra le due diverse concezioni.

Oltre ad enunciare i diritti in sintonia con le dichiarazioni ONU, la stessa, per la prima volta, prevede forme di garanzia giuridica in ambito islamico, tra cui la costituzione di un Comitato di esperti in Diritti dell'uomo (art. 40) con lo scopo di esaminare i rapporti periodici che a cadenza triennale ogni Stato membro è chiamato a presentare sul grado di rispetto dei diritti umani. Il Comitato deve poi a sua volta presentare alla Commissione Permanente dei Diritti dell'Uomo della Lega un suo rapporto comprensivo delle opinioni e delle osservazioni degli Stati (articolo 41); questo al fine di controllare lo "stato di avanzamento dei lavori" in tema di diritti da parte dei membri della Lega ed, al contempo, uniformare e rafforzare il livello di riconoscimento nei confronti dei diritti umani<sup>48</sup>.

Tuttavia, al di là delle profonde innovazioni che questa ha addotto nel contesto musulmano, la Carta araba non è stata subito promulgata non avendo raggiunto il numero necessario di ratifiche, rimanendo improduttiva di effetti giuridici per molto tempo<sup>49</sup>. Proprio a tale fine, il 24 marzo del 2003, il Consiglio della Lega ha demandato alla Commissione Araba Permanente dei Diritti dell'Uomo il compito di modernizzare il documento e renderlo più conforme con gli standard internazionali, inserendo tra l'altro anche i principi di nuova generazione, quali il diritto allo sviluppo nell'articolo 37, od i diritti ambientali nell'articolo 38. Il testo oggi in vigore, revisionato e reso definitivo con il vertice di Tunisi del 22-23 maggio 2004, presenta diverse similitudini con gli strumenti internazionali di tutela dei diritti

---

<sup>48</sup> Questo tenore è presente nella lettura dei documenti preparatori all'adozione della Carta araba dei Diritti dell'Uomo. *In primis*, quello del 1993, documento laico che prevedeva che tutti gli Stati facenti parte della Lega araba dovevano modificare le proprie Costituzioni al fine di rendere effettive le disposizioni della stessa. Questo primo progetto però è stato superato con le modifiche apportate che hanno reso il documento più simile alla Dichiarazione del 1990.

<sup>49</sup> Andrea Pacini evidenzia come questo sia un'esplicita dimostrazione delle differenti linee di pensiero presenti in ambito islamico, che hanno impedito di trovare un consenso laico intorno alla tematica di diritti umani. Cfr. A. PACINI, *Introduzione. L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo* in A. PACINI (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998

dell'uomo, anche in forza della condizionalità che la Comunità internazionale ha esercitato per l'entrata in vigore della Carta<sup>50</sup>.

È indubbio, in ogni modo, che il carattere secolare di questa dichiarazione rappresenti il vero dato innovativo nonostante il ritardo nella sua entrata in vigore, tanto da raffigurare, al momento, l'unico documento capace di riprodurre ufficialmente una posizione riformatrice dei paesi islamici sul tema dei diritti umani<sup>51</sup>. Rimane la convinzione, però, che il cenno effettuato nel Preambolo alle Dichiarazioni islamiche che l'hanno preceduta, così come al riconoscimento dell'uguaglianza tra uomo e donna nel limite della "discriminazione positiva", prevista dalla *shari'a*, rappresenti una volontà di limitare la formazione di una coscienza laica *in strictu sensu*, stante la forte predisposizione a mantenere il legame con la cultura islamica di appartenenza.

### 2.2.3 Le dichiarazioni islamiche in Europa: la Islamische Charta tedesca

Anche sul suolo europeo, le organizzazioni islamiche si sono impegnate nella divulgazione ed analisi del rapporto tra islam e diritti umani. Tra le dichiarazioni adottate, sicuramente la tedesca *Islamische Charta*<sup>52</sup> del Consiglio centrale dei musulmani in Germania del 20 febbraio 2002 ne è un esempio. Questa non è assimilabile ad una vera Carta dei diritti, ma ad un *vademecum* dei doveri dell'uomo musulmano capace di illustrare i doveri degli appartenenti alla comunità religiosa musulmana in uno Stato non islamico e laico. La Carta, infatti, persegue l'obiettivo di creare spazi di convivenza civile tra gli appartenenti a fedi diverse, attraverso la

<sup>50</sup> Gli articoli 42 e 43 della Carta prevedevano la sua entrata in vigore solo in presenza di almeno sette ratifiche o adesioni depositate presso il Segretariato Generale della Lega araba. Questo numero è stato raggiunto solo nel 2008, dopo aver incaricato la Commissione per i diritti umani dell'ONU di sottoporre la Carta a revisione.

<sup>51</sup> È bene ribadire come la Carta del 1994 non sia stata l'unico esempio di documento "secolare" adottato nell'ambito musulmano. A questa si affiancano le Dichiarazioni adottate dai singoli Stati dalle quali si evince lo sforzo alla laicizzazione dei diritti ed alla loro conseguente liberazione dal legame con la tradizione religiosa. Tra queste rientrano la *Carta nazionale marocchina dei diritti dell'uomo*, proclamata il 10 dicembre a Rabat da cinque associazioni marocchine attive nell'ambito dei diritti umani, espressione della società civile impegnata nel riconoscimento dei diritti. Si tratta, infatti, di un documento non ufficiale ma rilevante giacché ribadisce la volontà dell'opinione pubblica di allontanarsi dall'identità musulmana nella materia dei diritti. Questa volontà è espressa in altri documenti, come la *Dichiarazione di Algeri sul Maghreb dei diritti dell'uomo* del 1989, anch'essa firmata da organizzazioni civili volte alla tutela dei diritti dell'uomo, in cui si riflette la convinzione per cui lo sviluppo giuridico e sociale passa attraverso la garanzia e la tutela dei diritti dei singoli.

<sup>52</sup> Disponibile in lingua originale all'indirizzo web <http://zentralrat.de/3035.php>.

creazione di una base comune con le altre fedi monoteistiche che ricordi la comune origine del Dio venerato.

L'islam è sempre riconosciuto quale un credo ed un insieme di norme etiche e sociali così come un ordinamento giuridico (articolo 8), ma l'essere inseriti in un sistema giuridico non musulmano implica per gli appartenenti alla *umma* islamica il perseguimento delle norme del paese ospitante (articolo 10), anche in materie tipicamente "islamiche" come lo statuto personale, spingendosi a riconoscere nell'ambito della libertà di religione, il diritto del singolo di scegliere di abbandonare il proprio credo.

Il diritto islamico, cioè, si trasforma in norma morale ed i diritti dell'uomo sono riconosciuti come assoluti e quindi senza alcuna riserva, perché considerati non contrastanti con i principi coranici. Si riconosce, così, la separazione tra religione e Stato, assumendo la laicità quale *la strada per eccellenza per l'integrazione e per la costruzione del musulmano europeo*<sup>53</sup>. I diritti dell'uomo sono ammessi senza alcuna riserva per come enunciati nei documenti internazionali, in assenza delle contraddizioni proprie di quei documenti che riferiscono alla fonte divina, per cui il costante richiamo alla religione non traduce una immedesimazione tra Stato e credo alla luce della convinzione della necessaria separazione tra quanto è dell'ordine pubblico e quanto attiene alla sfera privata.

Con la Carta, *ergo*, si evidenzia un islam moderato, capace di abbracciare la teoria dei diritti ed ostacolare l'opera dei fondamentalisti nella diffusione di idee conservatrici anche sulla materia dei diritti. Al contempo, ed ancora più importante, la stessa dà evidenza di come un'interpretazione diversa delle fonti islamiche sia ammissibile tale da aprire verso un incontro possibile con le altre culture giuridiche, e religiose oggi presenti.

### *3. Il concetto di "diritto" nell'islam. Dalla tradizione ad oggi*

Si è provveduto fino ad ora ad analizzare la questione dei diritti nell'islam comparando le Carte "universali" e "regionali" adottate negli ultimi decenni al fine di analizzare la declinazione islamica dei diritti nei principali documenti adottati.

---

<sup>53</sup> Cfr. T. RAMADAN, *Noi musulmani europei*, Roma, 2004

A questo punto è centrale chiarire il significato che la dottrina islamica attribuisce al concetto di “diritto”, stante la consapevolezza che lo stesso non può essere decontestualizzato ma deve essere preso in considerazione all'interno del quadro di riferimento.

Tale analisi è effettuata ripercorrendo le principali tesi qui sviluppate e contraddistinte secondo il loro carattere, tradizionale o riformatore, tanto da spingersi ad individuare anche nell'area giuridica islamica l'esistenza di tesi rivendicanti un “giusnaturalismo” divino dei diritti, e riconoscere gli stessi trascendendo i limiti statali e nazionali. Come si vedrà, si tratta di una teoria fondamentale della dottrina classica alla quale fanno richiamo giuristi contemporanei al fine di rintracciare una base per la convergenza dei valori.

L'islam, come tutte le grandi religioni, rappresenta un corpo di regole diverso dai grandi sistemi giuridici che si sono sviluppati nell'ultimo secolo e rappresentati dalle teorie adottate dalla Comunità internazionale. La dottrina tradizionale riconosce un fondamento meramente “teistico” per i diritti, essendo questi ultimi direttamente predisposti dalla volontà divina. Il concetto di diritto o *haqq*<sup>54</sup> è così connesso con quello di giustizia, da intendersi nei termini di uguaglianza, per cui agire secondo giustizia rimanda ad un'azione perfetta che conferma l'ordine voluto da Dio.

Il concetto di diritto, quindi, nel pensiero islamico è lontano da quello sviluppato nella dottrina occidentale. Da ciò ne consegue che il singolo è pensato nel suo solo rapporto con l'entità divina, senza alcuna referenza alla società od allo Stato, per cui l'uomo entra in relazione con la società solo in quanto appartenente alla comunità religiosa. Lo stesso termine con cui il concetto di persona è reso in arabo, *shakhs*, denota la funzione dell'individuo, il quale è sia uomo che cosa, in quanto facente parte di un gruppo. A questo termine se ne affianca un altro, *'mar*, che pur traducendo il termine “persona”, riferisce al rapporto uomo/comunità che è diverso rispetto a quello sviluppato in Occidente. L'uomo musulmano, in altre parole, trova

---

<sup>54</sup> Il termine che in arabo rende il diritto soggettivo è *haqq*, che, dal punto di vista lessicale, è tradotto con “diritto soggettivo”, “verità”, “giustizia”, “dovere”, “parola di Dio”. L'analisi semantica del termine evidenzia come la nozione di diritto soggettivo sia legato alla natura divina di questo ordinamento. L'individuo non è definito nella sua singolarità, ma in quanto parte di una comunità, ove il musulmano realizza la propria persona, seppur non come singolo. La libertà è subordinata a Dio, il quale detta la strada della perfezione divina, che si realizza per mezzo dell'adempimento delle obbligazioni stabilite dal patto concluso con Dio. Per cui, nella comunità l'individuo si definisce ed al contempo, è definito dalla comunità con la sua partecipazione.

definizione solo nel suo rapporto con la *ummah*, dove i diritti sono definiti in quanto previsti dalla legislazione divina.

Ciò chiarisce perché gli stessi si distinguono tra diritti di Dio e diritti dell'uomo, per cui solo i primi sono considerati "necessari", perché attinenti all'insieme delle obbligazioni stabilenti i doveri verso Dio, tradizionalmente indicati dalla *shari'a* come gli obiettivi specifici della legislazione divina, mentre i secondi sono ascrivibili alla categoria di diritti "quasi-necessari" i quali, al contrario, identificano i bisogni umani ed hanno lo scopo solo di alleggerire le situazioni di dovere quando si è impossibilitati nell'osservare la propria obbligazione.

Tra tutti i diritti necessari, il diritto alla vita occupa il gradino più elevato. L'esistenza è intesa quale "dono" di Dio all'uomo, al quale corrisponde il dovere di proteggerla sia fisicamente che spiritualmente<sup>55</sup>. A questo si affianca il riconoscimento della libertà religiosa, di opinione e di espressione, di istruzione, la libertà civile ed il diritto al lavoro, tutti dichiarati dal Corano quali diritti universali ed inalienabili, seppur all'interno della legittimità islamica. Così, la libertà di religione si traduce in libertà di scegliere a quale credo appartenere, ma con il limite dell'apostasia<sup>56</sup>, la quale si estende anche ai non musulmani che risiedono sul territorio islamico, che possono continuare a professare la propria fede. Allo stesso modo, la libertà di opinione e di espressione è intesa quale il diritto di decidere, valutare, formare opinioni in vista delle circostanze quotidiane in cui è necessario il ricorso al raziocinio, essendo questo uno dei mezzi attraverso cui l'uomo può

<sup>55</sup> Il suicidio è vietato, Corano (4:29-30), così come l'omicidio se non per giusti motivi.

<sup>56</sup> L'apostasia è uno dei principali punti di scontro con le dottrine internazionalistiche, nonostante la disposizione coranica "*non c'è costrizione nella legge*" (Corano 2:56). Il termine arabo che rende il significato di apostata è *murtadd*, colui che lascia la propria religione, e l'apostasia è data dal termine *irtidadd* e *ridda*. "*Ridda*" è utilizzato per chi lascia l'islam per divenire un non credente, mentre "*irtidadd*" è per chi abbraccia altre religioni. Un individuo che è musulmano per nascita, ma che rifiuta l'islam è definito *murtadd fitra*, dove "*fitra*" traduce il naturale stato delle cose. Chi invece si converte all'islam e successivamente lo rifiuta, è un *murtadd milli*, dove *milla* rende la comunità religiosa. Il *murtadd fitra* è considerato dalla religione islamica come qualcosa di innaturale per cui l'apostasia si presenta come un atto contrario a Dio, in quanto gesto di rinuncia alla comunità. Al contempo, il *murtadd milli* è un traditore della comunità musulmana, per cui il suo gesto è considerato come qualcosa che "disturba" l'armonia della comunità tutta. La questione della condizione delle minoranze nell'islam è strettamente correlata alla libertà di religione ed il principio per cui l'islam inibisce l'abbandono dell'islam. Secondo il diritto islamico, la fede naturale di ogni individuo è quella islamica. Il Corano sancisce la libertà di scelta di ogni essere umano, per cui ogni individuo ha la libertà di scegliere la propria religione basandosi sul proprio volere. Ma ciò non ammette anche la possibilità che l'islam possa essere ripudiato. Cfr. K. HASHEMI, *Religious legal traditions, international Human Rights and Muslim States*, Leiden-Boston, 2008

intendere l'onnipotenza di Dio<sup>57</sup>. Nella legittimità islamica rientra anche il diritto all'istruzione, che costituisce il mezzo attraverso cui ogni individuo, uomo o donna, può apprendere quanto è necessario per dare concretizzazione alla volontà divina e quindi avanzare in qualsiasi disciplina che concerne il sapere umano.

Peculiare è la lettura data alla libertà civile, che traduce il diritto di contrarre obblighi civili, assumere la responsabilità delle proprie azioni ed il potere di disporre liberamente dei propri beni, secondo quanto stabilito nella rivelazione divina. Il culmine di questo status è costituito dal riconoscimento della proprietà privata, per cui ogni individuo, uomo o donna, ha il diritto di entrare in possesso di tutto ciò che ha ottenuto con lo sforzo e con il lavoro. Anche la donna musulmana, così, può disporre dei beni, sia in caso di unione matrimoniale che in caso di divorzio, eliminando idealmente qualsiasi forma di discriminazione relativa al sesso, così come anche quella relativa all'appartenenza religiosa. Medesime conclusioni riguardano il diritto al lavoro, che si assume come libertà di scegliere l'attività da svolgere e di godere dei frutti della stessa<sup>58</sup>. A questo si collega il diritto di godere del compenso dello stesso, secondo un *hadith* di Maometto “*date al lavoratore il suo giusto salario, ancor prima che sia asciugato il suo sudore*”.

Tra i principi etici fondamentali che il Corano riconosce vi è, infine, quello alla non differenziazione<sup>59</sup>, che rimanda all'uguaglianza “ontologica” tra uomo e donna, tanto da innalzare la donna al pari dell'uomo eliminando, o limitando, le principali discriminazioni precedenti all'epoca islamica. Lo stesso è nei confronti di chi non professa la fede nell'islam, per i quali vale il principio di tolleranza e di non costrizione nella fede<sup>60</sup>.

Da questa rapida disamina, si evince, pertanto, come la visione islamica dei diritti sia strettamente correlata all'origine del sistema giuridico musulmano. I diritti, cioè, sono direttamente discendenti dalla volontà di Dio, e nello specifico dal Corano e dalla *shari'a*. Tale fonte dei diritti è spesso invocata dai giuristi islamici per spiegare

---

<sup>57</sup> Nel Corano è scritto “*Ad una cosa v'esorto: che stiate avanti a Dio a due a due, o meglio uno per uno e meditate*” (34: 46).

<sup>58</sup> Nel Corano è scritto “*Agite*” (9:105) e un *hadith* del profeta recita “*chiunque tra di voi debba svolgere un lavoro, lo svolga bene: ecco ciò che Dio ama*”.

<sup>59</sup> Cfr. S. AL-KAYLANI, *Concepts of human rights in Islamic doctrines (Sunni, Shi'tes, Isma'ilis, Qarmatians, Mu'tazilis, Sufis, Wahhabis)*, in S. K. JAYYUSI (ed. by), *Human rights in Arab Thought. A reader*, London- New York, 2009, pagg. 183-228

<sup>60</sup> Cfr. B. YE'OR, *The dhimmi. Jews and Christians under Islam*, London, 1985

la incompatibilità tra la tutela riconosciuta nel contesto occidentale ed internazionale e quella islamica. A questa motivazione si aggiunge quella che attiene la natura comunitaria degli stessi, la quale incorpora ed è superiore agli interessi degli individui. La comunità islamica è il veicolo per la realizzazione del volere divino e gli individui sono subordinati alla comunità nel suo complesso, per cui l'eventuale violazione dei diritti dei singoli può trovare giustificazione solo con riferimento al beneficio che la comunità ne trae.

Nonostante i riferimenti etici all'eguaglianza, difatti, le fonti sacre presentano delle ambivalenze in quelle materie che attengono alle relazioni intracomunitarie, come il rapporto con le minoranze<sup>61</sup> o con le donne, nei confronti dei quali trovano ancora attuazione le principali forme di discriminazione oggi in vigore. Come si vedrà, soprattutto nell'ultimo capitolo con riferimento alla condizione giuridica femminile, le interpretazioni che sono state date con la formazione della *ummah* islamica hanno dato una lettura distorta di questi assunti, fino a confermare una dottrina fortemente restrittiva nei confronti di quei soggetti considerati inferiori alla categoria di uomo-musulmano. La cristallizzazione dell'ordinamento, al contempo, non ha permesso un'evoluzione del sistema, per cui tale condizione di subordinazione è arrivata fino ad oggi<sup>62</sup>.

Tale evidenza mette in luce la differenza di trattamento destinata ai singoli dall'insieme delle norme accolte oggi nelle Dichiarazioni internazionali e da quelle specifiche della cultura islamica, che in tale speciale materia concretizza la principale differenza nelle forme di tutela giuridica attualmente in vigore.

---

<sup>61</sup> Nella disciplina relativa ai rapporti con le minoranze rientra la questione della guerra santa. Il termine *jihad* rimanda alla lotta, sia interna e personale che esterna e di gruppo, per la causa dell'islam. Da un punto di vista prettamente teologico, il *jihad* riferisce alla battaglia contro il male e le istigazioni che possono colpire i musulmani e la comunità islamica. Sotto questa accezione, esso rimanda allo sforzo ed all'energia che deve essere spesa per raggiungere un ideale nobile, che nel contesto islamico si trasforma nella sconfitta del nemico, rappresentato da tutte le situazioni che richiamano al male. Al contempo, esso connota la "lotta armata" contro gli infedeli, coloro che non credono nell'islam, divenendo lo strumento per trasformare il *dar al-harb*, la casa della guerra, in *dar al-islam*, la casa dell'islam. Questa ultima accezione è la modalità in cui il termine è più conosciuto. Le principali teorizzazioni hanno messo da parte la componente religiosa, per rafforzare quella bellicosa, di lotta contro i non musulmani. La definizione tecnica di *jihad* diventa quindi "la chiamata alla vera religione e la lotta per implementarla, quando i non credenti (cristiani, ebrei, pagani di ogni sorta) rifiutano di accettare la supremazia dell'islam, rinunciando anche allo status di protezione previsto per gli stessi". Cfr. R. PETERS, *Jihad* in J. L. ESPOSITO, *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, vol. 2, 1995, pagg. 369- 373; W. B. HALLAQ, *Shari'a. theory, practice, transformations*, Cambridge, 2009, pagg. 324-341

<sup>62</sup> Cfr. S. SHERIF, *Women's Rights in Islam*, London, 1989

### 3.1 Le dottrine islamiche sui diritti umani: diritti dell'uomo o della comunità di Dio?

Dinanzi alla specificità della cultura giuridica musulmana, per cui i diritti non possono che essere considerati conseguenti dalla volontà di Dio, è possibile analizzare come anche la dottrina islamica, classica e contemporanea, presenti una pluralità di posizioni all'interno della quale si può distinguere tra i sostenitori delle posizioni universaliste e tra i difensori di quelle relativiste.

Questo approccio è già stato evidenziato con l'analisi dei documenti adottati nel contesto islamico e la previsione di documenti conservatori e dichiarazioni aperte e laiche. In questo paragrafo si approfondiscono quelle teorie classiche a supporto delle posizioni che vedono i diritti come discendenti esclusivamente dalla volontà divina e delle dottrine che, al contrario, riconoscono anche l'intervento dell'uomo nella loro declinazione, a conferma di come anche in questa materia sia possibile scorgere il dualismo delle posizioni, che distingue tra l'elemento divino e quello umano, tipico di questo sistema.

Le letture più conservatrici sostengono la derivazione divina dei diritti e quindi la precedenza "temporale"<sup>63</sup> dell'islam nel riconoscimento dei diritti umani rispetto all'area occidentale. Secondo le posizioni classiche, la *shari'a* è il primo sistema giuridico a riconoscere diritti di tipo economico, sociale, culturale e politico, aspirando a formare una comunità universale di uomini e donne retta dalle regole stabilite dal legislatore divino. Allo stesso modo, il Corano è la fonte giuridica per eccellenza, la prima a predisporre un catalogo di diritti ancora vigenti, tra i quali la dignità o *karamah*, la libertà o *hurryya*, l'uguaglianza o *musata*, la beneficenza o *ihsan*, la responsabilità o *musuliyah*, la cooperazione o *ta'awun* e la giustizia o *adalah*, incorporati nella teologia e nella scienza giuridica dell'islam.

Questa impostazione appare però semplicistica se, come visto nel capitolo precedente, si ricorda come il sistema di diritto islamico non sia composto solo dalle norme specificamente divine, ma anche da interpretazioni di origine umana che

---

<sup>63</sup> Cfr. A. AL-WAHID WAFI, *I diritti umani e i cinque obiettivi della shari'a*, in A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998. Secondo Wafi, i diritti dell'uomo sono sempre stati presenti e tutelati all'interno della *shari'a*, essendo stata la legge sacra a riconoscerli prima di ogni altro documento giuridico, incluso quello sviluppato nel contesto occidentale, ove la materia si è consolidata soltanto negli ultimi secoli.

hanno caratterizzato l'ordinamento pervenuto fino a noi, subendo in questo anche l'influenza della cultura delle prime comunità islamiche e delle regole e convenzioni vevoli in quel determinato contesto storico e sociale. Nel riferire alle dottrine dell'età classica, così, si può focalizzare l'attenzione su quelle teorie che hanno sostenuto posizioni universaliste e razionali fin dai tempi più antichi, ed alle quali si può rimandare al fine di dimostrare come anche l'islam classico sia stato interessato dal dibattito sfociato oggi nelle tesi sull'universalismo dei diritti.

Tra queste, la giurisprudenza degli *hanafiti* rappresenta la dottrina che più può esemplificare una continuità teleologica tra l'islam classico e la moderne dottrine sui diritti umani, essendo stata la più razionale e favorevole all'utilizzo dell'*ijtihad*, inteso quale strumento di collegamento tra la volontà divina e la legislazione umana. Tale impostazione, che può essere definita individualista, ha posto il singolo e la sua capacità razionale al centro di tutto, stante la capacità dell'individuo di dedurre dalle fonti sacre le norme giuridiche valide per la collettività e stabilire soluzioni eque tra le situazioni coinvolte, estromettendo la comunità quale unico soggetto in cui l'individuo trova definizione. Per Hanifa ogni singolo è portatore di *ismah*, termine che rimanda all'universalità ed all'invulnerabilità dell'essere umano e che ricopre quei fini ultimi o *masaqid* cui tende l'ordinamento musulmano, la cui protezione è alla base di qualsiasi sistema giuridico. Essendo la *ismah* relativa ad ogni singolo e, al contempo, finalità di ogni sistema giuridico, la protezione dei diritti fondamentali degli individui, riconosciuta universalmente, è condizione fondamentale per tutti gli uomini, al di là del credo religioso<sup>64</sup>.

Questa impostazione razionalista è confermata nel ricorso al criterio dell'*istihsan* nell'interpretazione delle fonti. Questo, già analizzato nel precedente capitolo, riferisce alla ricerca dell'equità nell'attività di interpretazione delle norme a cui il giurista si dedica, per cui lo stesso deve sempre far prevalere soluzioni dettate dall'etica, coincidente con l'insieme delle norme universalmente valide, piuttosto che dal diritto positivo, predisponendo così il riconoscimento dei principi di uguaglianza e di universalità.

Queste tesi sono state riprese da altre scuole di pensiero, quale la dottrina *mu'tazilita*, secondo la quale gli esseri umani sono liberi e responsabili di fronte a Dio e le

---

<sup>64</sup> Cfr. G. CARACCILO DI BRIENZA, *op. cit.*, pagg. 78-90

categorie razionali di bene e di male sono dedotte indipendentemente dalla rivelazione di Dio. Il Corano è la guida del popolo musulmano in senso generico, ma è poi la fede dell'uomo a guidare i suoi comportamenti tale da scegliere se seguire o meno le pratiche stabilite nello stesso. In questo senso, *fitra* è il termine che individua la capacità umana di produrre pensieri autonomi e scelte responsabili, necessari nella ricerca della verità.

La scuola *mu'tazilita*, invero, ha accolto il razionalismo *hanafita* e la tesi per cui il singolo ha la capacità di agire in modo indipendente, rappresentando la linea di pensiero più liberale dell'epoca classica. La loro razionalità ha trovato applicazione anche nella teoria sui diritti riconoscendo un'ampia importanza alla libertà umana intesa quale abilità dell'uomo di fare scelte ed assumersi delle responsabilità in prima persona nei confronti di sé stesso, di Dio e della comunità, in quanto ogni singolo è dotato della capacità di discernere cosa è giusto e cosa è ingiusto.

Dunque, proprio partendo da questi tre istituti giurisprudenziali, è possibile individuare una continuità tra l'islam classico e la dottrina dei diritti dell'uomo contemporanea. L'*ismah* prevede la tutela giuridica di alcuni diritti fondamentali riconosciuti a tutti gli esseri umani sulla base della santità e dell'inviolabilità dell'individuo; l'*istihsan* è la regola da applicare nel caso in cui ci siano contraddizioni od incoerenze tra le fonti che siano causa di ingiustizia o iniquità tra le parti; la *fitra*, infine, è il concetto universale che riconosce l'universale responsabilità dell'individuo di autodeterminarsi.

Si tratta, in altre parole, di tre concetti che permettono di superare le classiche dicotomie secondo cui non è ammissibile il riconoscimento dei diritti in termini contemporanei, mettendo in luce come anche nella dottrina islamica si siano sviluppati dibattiti sulla materia, a prova dell'esistenza della questione anche nel diritto classico.

La razionalità degli *hanafiti* e dei *mu'taziliti* è stata criticata dalle dottrine tradizionaliste successive, ed in particolare da quella *hanbalita*, che hanno ripudiato le tesi riconoscenti il pluralismo ed il concetto di responsabilità umana. Solo Dio può determinare il destino umano, stabilendo cosa è giusto o sbagliato, senza alcuna possibilità di individuare elementi di razionalità o di mediazione in questo.

Nel corso della formazione della dottrina islamica ufficiale, è stata proprio questa teoria conservatrice a prevalere sulle prime versioni poi considerate “distorte”, caratterizzandone le successive tesi sui diritti, basate sull’abbandono di quel ruolo dell’uomo nella determinazione degli stessi.

Le teorie classiche rispecchiano molti approcci contemporanei alla teoria dei diritti nell’islam e che sono analizzate nelle pagine seguenti, ad evidenza di come questo dibattito dell’età classica sia pervenuto fino ad oggi, animando schiere di studiosi che si interrogano sulla natura dei diritti nel contesto islamico.

#### *3.2 Il richiamo al diritto naturale islamico*

Come si è cercato di evidenziare, il dibattito universalismo-relativismo ha toccato anche la dottrina islamica fin dai tempi più antichi, tanto che, risalendo alle dottrine dei primi giuristi islamici, è possibile rintracciare il germe della tesi universalista dei diritti anche nell’islam.

In questo panorama giuridico rientrano i sostenitori di un diritto “naturale”, che qui si assume essere la nuova frontiera su cui costruire uno spazio per una teoria giuridica. In tale contesto rientrano le tesi che rievocano una comune origine dei diritti secondo la teoria del giusnaturalismo, che nel caso islamico deve essere letta quale coincidenza del diritto naturale con la *shari’a*, per cui quest’ultima diventa il fondamento morale ultimo su cui si basa il riconoscimento dei diritti dei singoli.

Secondo l’accezione occidentale, il diritto naturale non è un diritto positivo, ma il termine di riferimento al quale ricorrere per valutare la legittimità di una norma positiva. Per cui, l’analisi del livello di effettività del diritto naturale in un ordinamento necessita che lo stesso sia considerato in termini di “valore” metafisico ed a-storico, e che solo nel momento in cui è applicato diventa “storico” ed “individuabile”. Tradizionalmente il giusnaturalismo considera i diritti dell’uomo immutabili ed intangibili, sia da parte del singolo che del legislatore, tantoché ogni misura posta dal diritto positivo è considerata legittima solo in ordine al rispetto di questa predeterminazione. Questo in base ad una presunta superiorità rispetto alle leggi meta-positive, basate sulla religione o sulla ragione, secondo il modello

dell'Antigone di Sofocle<sup>65</sup>. Da ciò se ne deduce che la tesi primaria del diritto naturale stabilisce che esiste una legge superiore, che travalica ogni confine nazionale, e che è vincolante per tutte le coscienze.

Questa dottrina ha caratterizzato il pensiero filosofico occidentale almeno fino all'avvento dell'illuminismo, momento dal quale l'attenzione si è concentrata sull'uomo, staccandosi dal legame con il Creatore divino. Da questa scissione si è avuto il principale dibattito tra i sostenitori della teoria del diritto naturale e del diritto positivo, ossia tra coloro che ritengono i diritti parte della stessa natura dell'essere umano, e coloro che considerano l'uomo e gli Stati soggetti atti a determinare le norme ed i limiti entro i quali riconoscere la tutela dei diritti stessi.

Questa ultima tensione non si è prodotta nell'area giuridica musulmana, ove la legge islamica è rimasta vincolata alla fonte per eccellenza del diritto e così anche l'insieme dei diritti riconducibili ai singoli<sup>66</sup>. Le teologia classica islamica non ha ammesso l'esistenza di un diritto naturale indipendentemente dai dogmi religiosi, in virtù della coincidenza tra la norma rivelata e terrena, per cui ha continuato a riferire ad un solo diritto divino, ma allo stesso tempo positivo.

Nell'approccio giuridico tradizionale dell'ordinamento islamico, cioè, il diritto naturale, inteso quale insieme di riferimenti morali ed etici, non è stato scisso dal diritto che, facendosi norma, è diventato vincolante e positivo.

L'islam, in altre parole, ha accolto sia la concezione del diritto naturale, in quanto coincidente con quella di diritto divino, che quella di diritto positivo riferito all'insieme delle norme direttamente vincolanti, stabilite da Dio.

Ciò permette di parlare di *shari'a* come di diritto naturale e di prendere atto dell'esistenza di un giusnaturalismo teologico anche nell'area islamica. Lo stesso travalica l'esistenza dei sistemi giuridici, facendo riferimento ad un ordinamento transnazionale al quale riferire per questioni attinenti la giustizia, la legittimità o la validità di una norma, per cui il diritto naturale diviene "positivo" solo nel momento in cui diventa il riferimento di norme produttive di effetti giuridici. Il giusnaturalismo islamico, così definito, va ad associarsi alla coscienza di una giustizia alta, un valore supremo al quale le azioni dei singoli, e quindi le decisioni degli Stati, devono

---

<sup>65</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Antigone fra diritto e politica*, in *Associazione per gli studi e ricerche parlamentari*, n. 13, 2003

<sup>66</sup> Cfr. K. DALACOURA, *Islam, liberalism and Human Rights*, London, 1998

adeguarsi. Come valore trascendentale, la *shari'a* diventa regola morale alla quale riferire per garantire la legittimità delle azioni e delle scelte.

All'uomo ed alla comunità politica è garantito, in ogni caso, un margine di azione nell'ambito delle regole non stabilite da Dio e che si traduce nel diritto degli Stati. Questo ultimo deve riferire ad un diritto universale superiore, in cui si rinvergono quei valori di giustizia, di dignità della persona e di uguaglianza dei singoli, tipici di qualsiasi diritto universalmente valido.

Il diritto islamico si assume così al pari di una dottrina morale universale, in quanto basato sugli obiettivi ultimi della stessa legge islamica o *masaqid*, riconducibili a qualsiasi individuo in quanto tale, indipendentemente dal credo di appartenenza, superando le chiusure delle concezioni classiche, per cui il riconoscimento dei diritti non può che essere limitato alla sola comunità di riferimento.

La chiave di volta, o di "svolta", della concezione islamica dei diritti risiede anche in una rinnovata tesi giusnaturalistica, che non presuppone il fondamento dei diritti nel diritto naturale *tout court*, quanto il rinvio alla constatazione che anche nella teoria islamica esiste una componente "universale" che trascende l'appartenenza religiosa e che richiede che i diritti siano riconosciuti ed applicati a tutti gli individui in quanto tali. Per la tesi qui esposta, la rivendicazione di un diritto naturale diventa il fondamento del riconoscimento dei diritti e quindi anche la base che accomuna la realtà occidentale e quella islamica, divenendo la possibile via per costruire un dialogo futuro.

#### *4. Teorie e prassi dei diritti umani nell'islam. L'attuale dibattito sui diritti dell'uomo*

La questione della tutela dei diritti dell'uomo e del rapporto tra questa e la religione islamica è pervenuto fino a noi in un interessante dibattito che anima studiosi e giuristi, i quali fin dall'età classica si sono suddivisi tra i sostenitori dell'universalità dei diritti ed i difensori della specificità della religione nel riconoscimento degli stessi. L'analisi fin qui svolta, però, ha toccato l'approfondimento sulle teorie classiche e non la declinazione che nell'attuale contesto lo stesso ha ricevuto.

Per questi motivi, con questo paragrafo si sofferma l'attenzione sul dibattito in corso per giungere all'evidenza di come lo spazio musulmano rappresenti un contesto

giuridico plurale, in cui è individuabile chi rigetta la tesi dell'universalità dei diritti umani, promuovendo una teoria più etnocentrica e chi, al contrario, si fa promotore dell'universalità stessa.

Tra le due posizioni si pongono i cosiddetti pragmatici, i quali auspicano la modernizzazione del diritto senza abbandonare le specificità della cultura endogena.

Come si vedrà, delle tre correnti, la prima è quella che è stata maggiormente applicata negli ambienti musulmani, a livello di governo, di movimenti e di singoli individui. Ciò ha trovato giustificazione in tutte quelle circostanze in cui l'impostazione tradizionale ha permesso la legittimazione di forme di potere autocratiche, diffuse negli spazi islamici. Anche la corrente pragmatica ha avuto dei suoi sostenitori, seppur in misura minore rispetto alla precedente.

A contare il minor numero di seguaci è stata invece la corrente liberal-riformista, rappresentante di quella volontà di cambiamento ed innovazione delle istruzioni islamiche che ha incontrato molti ostacoli, seppur portavoce di una richiesta di convergenza, capace di superare la visione manichea secondo cui l'islam è incompatibile con la tutela dei singoli.

Come già evidenziato nel capitolo precedente, con riferimento al dibattito sull'applicazione della *shari'a*, la possibilità di cogliere la diversità di orientamento oggi presente esula da un approccio che sia esclusivamente giuridico, in quanto si arricchisce di quelle posizioni afferenti a studiosi aventi una formazione culturale differente, ma il cui riferimento è tale da rendere il rapporto tra una cultura religiosa, che ingloba in sé anche ideologie politiche e filosofiche, e l'attuale grado di accoglimento o di rigetto della dottrina dei diritti.

#### *4.1 La tendenza "conservatrice" e la tendenza "pragmatica"*

La corrente tradizionalista e conservatrice è quella che più si richiama ai dettati classici della disciplina giuridica islamica, probabilmente più conosciuta sul piano internazionale, e che identifica gli ordinamenti a maggioranza musulmana quali i principali oppositori dei diritti umani, per i quali soltanto quanto previsto e tutelato dall'islam è meritevole di essere osservato.

### CAPITOLO III

Numerosi sono gli esponenti giuridici e politici dell'area islamica che legittimano le tesi relativiste, secondo i quali non può esistere un unico modello di salvaguardia dei diritti della persona, ma è necessario calarsi nelle specificità che caratterizzano le diverse culture<sup>67</sup>.

Secondo le voci tradizionaliste, la tesi dei diritti umani rappresenta la nuova forma di dominio attraverso cui l'Occidente manifesta la sua potenza imperialista, per cui l'accettazione di questa posizione equivale all'approvazione di un modello di diritto, di società, di cultura e di tradizioni determinatosi in spazi lontani dalla propria. Tale constatazione porta a ripudiare tutte le regole stabilite nei documenti internazionali, avanzando azioni che violano tali principi ed appoggiando le dichiarazioni adottate nell'ambito islamico, quale alternativa necessaria alle dichiarazioni internazionali/occidentali.

I tre elementi principali della teoria fondamentalista/tradizionalista, anche in questa materia, sono la rivendicazione della anteriorità della concezione islamica rispetto all'Occidente, la non comparabilità dell'islam giuridico con il diritto occidentale, ed il ripristino della superiorità della religione sulle dottrine filosofiche ed individualiste, posizioni queste ben rappresentate nei documenti adottati dagli ordinamenti che a questa corrente fanno riferimento<sup>68</sup>.

Il caso maggiormente significativo è rappresentato dall'Arabia Saudita e dal rifiuto di sottoscrivere la Dichiarazione ONU perché ritenuta in contrasto con la *shari'a*. Il Memorandum indirizzato dal Ministero degli Affari Esteri saudita alle Nazioni Unite ne spiega le motivazioni nella parte che stabilisce *“il diniego da parte del nostro Stato non significa indifferenza nei riguardi degli obiettivi che questi documenti si propongono di perseguire... ma significa piuttosto la volontà di proteggere, garantire e salvaguardare la dignità dell'uomo in virtù del dogma islamico rivelato a Dio e non in virtù di legislazioni ispirate da considerazioni materialiste e per tali motivi soggetti al continuo cambiamento”*<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Già con la *Conferenza di Vienna sui diritti umani* del 1993 si è cominciato a relativizzare il concetto di diritti umani, come strettamente connesso alle differenze culturali che dividono i popoli. Cfr. *Dichiarazione di Vienna sui diritti umani*, adottata dalla Conferenza Mondiale sui diritti umani dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 25 giugno 1993, in <http://www.filodiritto.com/diritto/pubblico/internazionale/confvienna.htm>.

<sup>68</sup> Cfr. B. TIBI, *Il fondamentalismo religioso*, Torino, 1997

<sup>69</sup> Cfr. *Memorandum del Governo dell'Arabia Saudita concernente la dottrina dei diritti dell'uomo nell'Islam e la sua applicazione nel territorio del Regno arabo saudita indirizzato alle organizzazioni*

Allo stesso risultato pervengono le *Conclusioni e le Raccomandazioni del Convegno di Kuwait*<sup>70</sup>, in cui gli Stati dell'area sono invitati ad aderire alle Convenzioni internazionali solo dietro apposizione di clausole di compatibilità ai principi dell'islam.

I motivi principali delle riserve promosse all'accettazione dei diritti umani secondo la impostazione occidentale riguardano, quindi, la questione del fondamento dei diritti stessi ed in particolare quanto concerne la materia dell'uguaglianza.

Tra i principali esponenti della corrente tradizionalista si annoverano Tadandeh e Maududi. Il primo ha evidenziato la sua posizione argomentando l'impossibilità di teorizzare una eguaglianza tra uomini e donne e tra musulmani e non musulmani. L'islam sancisce che le prime sono sottomesse ai loro mariti, così come i non musulmani sono considerati cittadini inferiori perché non appartenenti alla comunità islamica<sup>71</sup>. Da qui l'inconciliabilità tra quanto esposto nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e quanto previsto dalla legge sacra.

Anche Maududi dedica parte dei suoi studi alla questione del rapporto tra diritti islam<sup>72</sup>, sostenendo che la fonte dei diritti umani è nelle scritture sacre, dacché la religione islamica ha sempre rappresentato la migliore garanzia per la tutela della dignità umana e quindi il miglior sistema da preferire su ogni altro. Per tali motivi, i diritti esposti nella Dichiarazione Universale non sono che una riproduzione di quanto l'islam aveva riconosciuto già secoli prima, ma al contempo espressione "relativa" e non universale di un determinato tempo, e come tale soggetta al cambiamento a seconda della volontà dei governanti. Non essendo possibile rintracciare alcuna fonte dei diritti che non sia riconducibile all'islam, i limiti che la versione occidentale vede nella teoria islamica non hanno ragione di essere.

---

*internazionali interessate*, in <http://www.pace.unipi.it/ricerca/sportello/centrodoc.url>. Tra le ragioni addotte per motivare la contrarietà all'articolo 16, si richiama la concezione secondo cui la famiglia islamica deve essere fondata sul matrimonio tra un uomo ed una donna di religione musulmana o tra un uomo musulmano ed una donna appartenente alla gente del libro, ma non è possibile per la donna sposare un non musulmano.

<sup>70</sup> Tenutesi a Kuwait City dal 9 al 14 dicembre del 1980 ed organizzato dalla Commissione Internazionale dei giuristi, dall'Università del Kuwait, e dall'unione degli avvocati arabi. Cfr. *Conclusioni e Raccomandazioni del Convegno del Kuwait* del 1980, in A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998

<sup>71</sup> Cfr. S. TADANDEH, *A Muslim commentary on Universal Declaration of Human rights*, Guildford, 1970

<sup>72</sup> Cfr. A. MAUDUDI, *Human Rights in Islam*, Leicester, 1980; A. MAUDUDI, *Human rights, the West and Islam*, 2006, in <http://www.jamaat.org/islam>

### CAPITOLO III

Tra i portavoce della linea conservatrice dell'islam si annovera anche Abdel Wafī<sup>73</sup>. La sua è una figura molto interessante in quanto come estremo difensore dei principi islamici secondo la lettura tradizionalista, rifiuta di riconoscere la presenza di una contrapposizione tra quanto stabilito nelle fonti sacre e le teorie sui diritti dell'uomo. Nello specifico, Wafī critica gli studiosi occidentali che hanno giudicato negativamente la religione di *Allah* con riferimento alla materia della schiavitù, facendo leva su giustificazioni che rimandano a circostanze di carattere storico<sup>74</sup>. L'islam, infatti, non ha abolito sin da subito la schiavitù, rappresentando il vero nodo di sbocco dello sviluppo economico delle prime civiltà musulmane, come è stato del resto in tutte le altre culture dell'epoca. Così la stessa è andata incontro alla desuetudine nei costumi piuttosto che alla sua abolizione giuridica, al fine di non creare uno squilibrio nel sistema sociale che sulla stessa si è fondata. Ciò però non permette di concludere, secondo lo studioso, che la schiavitù sia un istituto ancora vigente, e conferma ne sono le legislazioni più tradizionali nelle quali è del tutto assente il richiamo alla stessa.

La teorizzazione tradizionalista è portata avanti ancora dai teorici dei Fratelli musulmani, come Sayyid Qutb<sup>75</sup> e Hassan al-Banna<sup>76</sup>, portavoce dell'islam politico, e che considerano la religione islamica come il credo che ha liberato l'uomo dalla schiavitù materialista dell'epoca pre-islamica, garantendo l'uguaglianza tra tutti gli esseri viventi secondo le regole imposte dalla *shari'a*. Così, anche la reclusione della donna alla sola sfera privata non è da intendere quale una forma di limitazione della sua libertà, quanto un modo per preservarla dalle tentazioni e dal ruolo a cui Dio l'ha designata, ossia alla cura della fede e della famiglia, secondo l'ordine naturale delle cose stabilito direttamente da Dio.

Dalle posizioni tradizionaliste si distanzia la corrente riformista che raduna tutti quei musulmani che hanno tentato di modernizzare le concezioni giuridiche classiche, innovando il diritto attraverso il ricorso a formulazioni avanzate da modelli giuridici stranieri. In questo senso, essa può essere considerata più una corrente politica che

---

<sup>73</sup> Cfr. A. AL-WĀHID WAFĪ, *op. cit.*

<sup>74</sup> Sulla schiavitù nell'islam, cfr. M. CHAROUI HASNAOUI, *La schiavitù e lo statuto socio- giuridico dello schiavo: lettura musulmana*, in S. DI BELLA, D. TOMASELLO, (a cura di), *L'islam in Europa tra passato e futuro*, Cosenza, 2002

<sup>75</sup> Cfr. S. QUTB, *Social Justice in Islam*, New York, 2000

<sup>76</sup> Cfr. H. AL-BANNA, *Per un ritorno ad un'autentica società islamica: le cinquanta richieste*, in A. PACINI (a cura di), *I fratelli musulmani e il dibattito sull'islam politico*, Torino, 1996

giuridica, in quanto tentativo volto ad individuare la soluzione concreta ai problemi sociali. In effetti, laddove la tendenza pragmatica è stata abbracciata, il diritto musulmano si è modernizzato anche se ciò non ha condotto a rivendicare una nuova interpretazione del diritto, ma ha fatto ricorso ad argomentazioni diverse a seconda delle circostanze storico-sociali in cui lo stesso movimento rinnovatore si è inserito.

L'analisi che qui si conduce sul pragmatismo prende in considerazione *in primis* i risultati della riforma del diritto di famiglia in Tunisia ed in Marocco, due casi di modernizzazione del sistema giuridico avviate al fine di introdurre nuovi principi di uguaglianza, seppur senza negare il legame con la cultura giuridica islamica<sup>77</sup>.

La *Magalla*, il Codice di famiglia tunisino del 1956 è il caso simbolo, le cui modifiche sono state introdotte ricorrendo ad una nuova interpretazione del testo coranico. Nel caso della poligamia, per esempio, la scelta per la sua abolizione ha fatto leva sul verso 4:129 che impone l'equo trattamento delle donne, il quale secondo gli interpreti ne richiama la implicita difficoltà di darne attuazione, tanto da provocare la abrogazione del verso stesso. Attraverso questa interpretazione, cioè, i grandi riformisti tunisini hanno introdotto nell'ordinamento una norma "laica", seppur basata su una lettura innovatrice dei precetti islamici.

Anche nel Marocco è stata attuata una riforma pragmatica della legislazione sullo statuto personale, tanto da riprendere, ed in qualche modo superare, quanto stabilito dall'ordinamento tunisino. La riforma del 2004 con l'adozione del nuovo Codice sullo statuto personale, la *Mudawwana*, ha introdotto delle limitazioni all'istituto con la previsione della clausola di monogamia, una norma questa posta nell'ottica della modernizzazione giuridica e nello specifico del miglioramento della condizione giuridica della donna<sup>78</sup>.

In questo quadro, la Turchia risulta essere l'ordinamento riformatore per assoluto, dove l'abolizione della poligamia e del ripudio unilaterale è andata di pari passo con la secolarizzazione del sistema giuridico. L'approfondimento di questo regime è effettuato nell'ultimo capitolo, la cui analisi permette di comprendere come la

---

<sup>77</sup> Sulla riforma degli statuti personali nell'area nord-africana, cfr. R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano, 1990

<sup>78</sup> Cfr. M. LOUKILI, *La nuova Mudawwana marocchina: una riforma nella modernità*, in R. ALUFFI BECK-PECCOZ (a cura di), *Persone famiglie diritti. Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Torino, 2006

possibilità di una riforma sia stata ammissibile, seppur sganciata dai classici dettami della tradizione giuridica occidentale.

#### 4.2 La dottrina “liberale” o “universalistica”

Esiste, infine, una corrente giuridica che avalla l’idea dei diritti come previsti nei documenti internazionali, assumendo la non estraneità dell’islam alla loro salvaguardia e tutela e proclamando la necessità di una sua re-interpretazione, al fine di aprire la dottrina giuridica e quella religiosa alle esigenze del mondo contemporaneo.

La strada scelta dai liberali è quella di ripensare l’islam, individuando nella stessa tradizione i fondamenti giuridici per la tutela dei diritti al pari di quanto previsto nei documenti internazionali. Nel far ciò, è superato l’approccio dei pragmatici, in quanto non si ritiene sufficiente il semplice adattamento ai modelli stranieri, ma si rivendica una moderna *shari’a* in grado di aprirsi al pluralismo esistente nelle contemporanee società. La nuova *shari’a*, cioè, non può che nascere dai testi sacri dell’islam, e deve essere il prodotto di una interpretazione in chiave attuale, tale da dimostrare come i diritti dell’uomo siano stati da sempre previsti. Si tratta, quindi, di un liberalismo giuridico-culturale<sup>79</sup> che fa della legge sacra un discorso reinterpretato e quindi innovato, per essere inserita nei canoni moderni della tutela dei diritti. Carattere principale dei liberali è, difatti, la concezione della *shari’a* quale insieme di principi a cui ispirarsi ma non in termini di diritto positivo, ma di diritto naturale.

In questo senso si muove la critica alle posizioni tradizionaliste, le cui ragioni sono considerate “ancorate” nella sola logica tradizionale musulmana, scelta da leggersi però quale fallimento del tentativo di transizione verso un modello democratico, e come decisione politica di rimanere ancorati alla visione del sistema giuridico nel suo insieme, rifiutando l’accettazione degli standard internazionali dei diritti.

Tra gli studiosi islamici contemporanei favorevoli alla riforma ed all’universalità dell’islam si ricorda Rega Afshari, il quale propone un reale metodo di applicazione dei diritti umani nel contesto contemporaneo, sostenendo che l’esistenza di un relativismo islamico è contrario al fondamento della *shari’a*, in quanto promuovente

---

<sup>79</sup> Cfr. D. ANSELMO, *op. cit.*, pag. 186

una violazione dei diritti che strumentalizza la legge islamica al fine di legittimare un uso autoritario del potere<sup>80</sup>, ma svuotando il contenuto della vera essenza dell'islam. Allo stesso modo, Taha<sup>81</sup> sostiene che la *shari'a* è frutto di “un'interpretazione condizionata dalle scritture islamiche” il che evidenzia la duplice natura della legge islamica, per cui qualsiasi lettura deve essere tale da scindere l'islam originario dall'islam successivo e politico.

L'interpretazione storicizzata delle scritture è sostenuta anche da Nasr Ab Zayd<sup>82</sup>, per il quale il Corano deve essere scisso nella sua natura di fonte del credo religioso e nel suo essere semplicemente testo storico della nascita e formazione della comunità musulmana. La componente “storica” porta ad affermare come la lettura del testo coranico sia stata influenzata dalle circostanze politiche e sociali dell'epoca della rivelazione, per cui tutto ciò che non è più attuale non può trovare applicazione.

La panoramica della dottrina musulmana liberale non può non dar conto alla proposta di Abdullah An-Na'im, il principale esponente della tesi universale dei diritti umani nell'islam<sup>83</sup>, e sostenitore della riforma della *shari'a*, tale da ridurre la rilevanza che la stessa ricopre nelle legislazioni secolari odierne<sup>84</sup>. Secondo An-Na'im, la singolare natura della *shari'a*, quale norma onnicomprensiva della vita del singolo, la ha portata a condizionare il processo di socializzazione nelle comunità islamiche, influenzando il comportamento umano degli individui che di tale comunità hanno fatto e continuano a far parte. Tale premessa chiarisce come la *shari'a* abbia permesso la violazione dei diritti umani nei sistemi in cui trova ancora oggi applicazione, essendo stata la sua codificazione bloccata all'epoca della formazione della comunità islamica<sup>85</sup>.

La riformulazione della *shari'a* deve essere l'esito di una nuova interpretazione delle fonti islamiche, tali da risultare conformi al contesto delle odierne società

---

<sup>80</sup> Cfr. R. AFSHARI, *An Essay in Islamic cultural relativism in the discourse on human rights*, in *Human rights Quarterly*, vol. 16, n. 1, 1994, pag. 248

<sup>81</sup> Cfr. M.M. TAHA, *Shari'a e Sunna: la seconda missione dell'islam*, in A. PACINI (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995

<sup>82</sup> Cfr. N. A. ZAYD, *Islam e storia. Critica del discorso religioso*, (trad. it. a cura di G. DI BRIVIO, G. FIORENTINI), Torino, 2002

<sup>83</sup> Cfr. A.A. AN-NA'IM, *Il conflitto tra la Shari'a e i moderni diritti dell'uomo: proposta per una riforma dell'islam*, in A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998

<sup>84</sup> Cfr. A.A. AN-NA'IM, *Towards an Islamic reformation. Civil liberties, human rights and international law*, cit.

<sup>85</sup> Cfr. A.A. AN-NA'IM, *Human rights in the Muslim world: socio-political conditions and scriptural imperatives*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 3, 1990, pag. 13-52

### CAPITOLO III

musulmane e dissipare le problematiche oggigiorno presenti, soprattutto in riferimento alla materia dei diritti. Lo strumento attraverso cui garantire la riforma è il *naskh* o abrogazione, tecnica per cui un verso o una disposizione prevista dalle fonti sacre è resa inefficace, perché superata da altre disposizioni, potendo in tal modo adattare la lettura islamica alla modernità<sup>86</sup>. An-Na'im va, quindi, verso un approccio costruttivista attraverso cui ridefinire la struttura giuridica islamica al fine di coordinarla con i principali strumenti adottati in ambito internazionale, ed individuare così una via per l'accettazione dei diritti secondo la logica universale.

Dalla posizione di An-Na'im si allontana, però, Charfi<sup>87</sup>, secondo il quale la reinterpretazione dei testi non conduce alla soluzione dei problemi legati alla mancata accettazione dei diritti umani nell'islam, ma alla creazione di una nuova forma di religione che può scemare nella mancata razionalizzazione di un sistema giuridico. Ciò che è necessario è, invece, la secolarizzazione dell'ordinamento, in modo da separare il diritto dalla religione, essendo il primo immanente e di origine umana e la seconda immutabile e di origine divina. Solo l'accoglimento del principio di laicità può ammettere lo sviluppo delle società islamiche in senso democratico, accogliendo così la teoria dei diritti. La *shari'a* deve, pertanto, abbandonare sia l'arena del diritto della comunità, stabilendosi nella sola sfera privata, quella dedicata cioè alla cura del culto e della fede, quale legge morale del singolo senza intromissioni nella vita pubblica.

Charfi è così il portavoce di un approccio laico che si distanzia da quello confessionale e modernista, e che sostiene la modernizzazione della legge islamica, ma senza arrivare ad escluderla dalla sfera del diritto pubblico.

Ne consegue che il metodo liberale, sia secondo le proposte laiche che quelle confessionali, evoca un nuovo approccio ai diritti da parte degli ordinamenti a maggioranza islamica capace di allontanare la lettura classica data della stessa, ed accogliere una nuova impostazione/interpretazione del diritto. Lo stesso deve essere

---

<sup>86</sup> Cfr. A.A. AN-NA'IM, *Towards an Islamic reformation. Civil liberties, human rights and international law*, cit. pagg. 59-61. La teoria di An-Na'im è stata criticata dagli autori liberali, secondo i quali allontanare le società islamiche dalla *shari'a* è un compito troppo arduo. Tra questi, Safi sostiene che la convergenza può essere costruita intorno al concetto di dignità umana presente nel Corano, proteggendo la libertà di tutti i cittadini indipendentemente dall'appartenenza religiosa e dal sesso. Cfr. L.M. SAFI, *Human rights and Islamic Legal reform*, 1998, in <http://louaysafi.com/>

<sup>87</sup> Cfr. M. CHARFI, *Religion, droits de l'homme et éducation*, in *Islamochristiana*, n. 27, 2001, pagg. 23-36

tale da intendere la legge di Dio quale un riferimento morale, in modo da escluderla dall'ambito delle norme positive che regolamentano il foro pubblico ed accoglierla come norma meta-statale, alla quale gli Stati possono fare riferimento nella loro regolamentazione.

Nelle tesi dei liberali, pertanto, si ritrovano le tesi dei *mu'taziliti* sul razionalismo e l'universalismo dei diritti, che tornano così ad essere attuali. I *mu'taziliti* sono stati i primi ad aprire la strada ad un diritto naturale ed il loro influsso è chiaro soprattutto in quelle teorie che sostengono le dichiarazioni universali. Così anche l'uso della ragione ritorna all'ordine del giorno, accettando la possibilità che le interpretazioni più classiche su cui questo ordinamento si è costruito possano essere riviste, aprendo ad un approccio laico e secolare delle istituzioni, e contribuendo alla formazione di uno spirito giuridico critico, fondamentale nel tentativo di rendere compatibili quelle stesse interpretazioni con le esigenze della modernità.

##### *5. I diritti umani nelle Costituzioni islamiche contemporanee. Considerazioni conclusive*

Avendo analizzato le specificità della questione dei diritti nell'islam, è interessante andare ad esaminare come gli ordinamenti costituzionali islamici contemporanei abbiano provveduto a tradurre i valori sanciti nelle dichiarazioni internazionali nei propri documenti nazionali e valutare, così, fino a che punto il richiamo alla legge islamica sia stata tale da vincolare lo sviluppo di un costituzionalismo maturo<sup>88</sup>.

Nell'analizzare le Costituzioni dell'area si prende atto di come molte di queste abbiano previsto un catalogo dei diritti secondo gli standard minimi sanciti dai documenti internazionali. Ma un livello più approfondito di analisi permette di cogliere come spesso tale riconoscimento formale non si sia tradotto in protezione sostanziale, e questo sia a causa della mancanza di organi di giustizia costituzionale, indipendenti ed imparziali, sia per l'assenza di una volontà "politica" di implementazione dei diritti stessi.

Il riconoscimento della *shari'a* quale fonte legislativa per eccellenza o dell'islam quale religione di Stato è, così, il punto da cui partire per intendere la condizionalità

---

<sup>88</sup> Cfr. F.S.AZZAM, *Civil and political rights in Arab constitution*, in S.K. JAYYUSI (ed. by), *Human rights in Arab thought. A reader*, London- New York, 2009, pagg. 489-509

che la tradizione giuridica islamica continua ad esercitare nel riconoscimento delle situazioni giuridiche di base ai singoli. La specificità della maggioranza delle Costituzioni qui adottate, come visto, risiede proprio nella capacità di far convivere le due visioni dei diritti, sia quella annunciata nelle dichiarazioni islamiche che quella proclamata dalla tradizione occidentale, senza tradurre il formalismo giuridico in protezione sostanziale<sup>89</sup>.

A tal fine si possono comparare quei diritti analizzati e considerati “necessari”, in quanto discendenti dalla rivelazione divina, e la posizione assunta dalle teorie occidentali, e valutare così la misura in cui la tutela di tali diritti è stata accettata o limitata, tanto da condizionarne anche il costituzionalismo qui accolto.

*In primis*, viene in rilievo il diritto alla vita, tutelato dall’articolo 6 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* così come dalla cultura islamica, ma non esplicitamente accolto da nessuna Costituzione araba, poche delle quali hanno previsto tra l’altro il divieto alla pena di morte<sup>90</sup>, sostituita spesso da previsioni che sanciscono il divieto alla tortura e a trattamenti degradanti<sup>91</sup>.

Menzione trova, invece, la libertà di espressione e di opinione, disciplinata nell’articolo 19 della Dichiarazione ONU e del Patto del 1966. Nelle Costituzioni arabe<sup>92</sup> è prevista una tutela per la stessa, seppur nella maggior parte dei casi è assoggettata a vincoli imposti dal riferimento alla *legge*. Si ritrovano, spesso,

---

<sup>89</sup> Abbiamo già visto come la Costituzione tunisina del 1959 sancisca, all’articolo 1 che “*l’Islam è la religione di Stato*”, all’articolo 5 che l’inviolabilità della libertà di coscienza e la protezione del libero esercizio del culto, i quali non possono essere limitati se non per motivi di carattere pubblico, ed infine all’articolo 8 che la libertà di espressione e di associazione. Lo stesso nella Costituzione della Siria, che all’articolo 3 stabilisce “*la religione del Presidente della Repubblica deve essere l’Islam*”, ma nell’articolo 1 si legge che “*la Repubblica araba siriana è uno Stato democratico, popolare, socialista e sovrano*”.

<sup>90</sup> I *reports* sui diritti umani stilati dalle agenzie internazionali evidenziano come la pena di morte sia praticata nella maggioranza degli Stati dell’area, situazione che *de facto* giustifica la mancata previsione costituzionale sulla sua abolizione. La tutela alla vita trova garanzia attraverso altre vie, come il riconoscimento del diritto “al perdono” attraverso l’amnistia del Presidente dello Stato. Solo la Costituzione libica, ancora in vigore, prevede all’articolo 8 il divieto dell’esecuzione di pene inumane quale forma di condanna nei confronti dei metodi utilizzati dall’Occidente ed in particolare dagli Stati Uniti.

<sup>91</sup> Cfr. articolo 19 Costituzione Bahrain; articolo 28 Costituzione Siria, articolo 42 Costituzione Yemen, articolo 34 Costituzione Kuwait, articolo 14 Costituzione Pakistan, articolo 42 Costituzione Egitto del 1971.

<sup>92</sup> L’articolo 153 della Costituzione algerina stabilisce che la libertà di espressione non può essere violata; la Costituzione del Sudan statuisce che lo Stato garantisce la libertà di espressione, della ricerca scientifica all’articolo 19; la stessa trova tutela nella Costituzione della Giordania all’articolo 15, dell’UAE all’articolo 30, del Bahrain all’articolo 23, del Qatar all’articolo 3, del Kuwait all’articolo 36, della Siria all’articolo 38.

disposizioni secondo cui il suo esercizio va incontro ai “*limiti della legge*” o che lo stesso deve essere effettuato “*in conformità con quanto previsto dalla legge*”<sup>93</sup>, per cui è la legge islamica e la cultura dei diritti dalla stessa sancita a definire l’ambito di applicazione della libertà di espressione stessa.

Medesima situazione è prevista per la libertà di associazione, in cui le limitazioni “costituzionali” spesso rimandano alla *legge* per la loro regolamentazione e per la libertà di religione, prevista dall’articolo 18 della Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo e dai Patti universali sui diritti civili e politici, ma riconosciuta nei limiti del quadro islamico dalle Carte costituzionali. Così, se i documenti internazionali assumono la libertà di credo a base della ricognizione dell’eguaglianza di tutti i soggetti, indipendentemente dall’appartenenza religiosa, nel caso islamico il mancato riconoscimento della laicità determina una distorsione del sistema, il quale continua a rifarsi alla *shari’a* ed alle relative limitazioni stabilite dalla stessa. Per tale motivo, seppur riconosciuta la libertà di scelta del credo religioso, questa è limitata dall’impossibilità di abiurare l’islam una volta che lo stesso è stato abbracciato.

Tra le Costituzioni dell’area, si può citare la Costituzione dell’Egitto del 1971 che tutela la libertà di religione ed il diritto di praticare il credo di appartenenza all’articolo 46, seppur nei “limiti previsti dalla legge”; allo stesso modo la Costituzione del Marocco tutela la libertà religiosa all’articolo 6, ma in un contesto che riconosce l’islam quale religione di Stato, richiamando così l’insieme delle disposizioni che la religione di *Allah* impone<sup>94</sup>.

Molto importante, anche per l’obiettivo di questo studio, è l’accoglimento del principio di uguaglianza. Questo è incluso in tutte le Costituzioni dell’area, a partire da quella egiziana e da quella turca che saranno analizzate, e mira a prevenire qualsiasi forma di discriminazione basata su questioni afferenti l’origine etnica, linguistica, culturale ma anche sessuale e religiosa. La Costituzione del Kuwait per

---

<sup>93</sup> Articoli 47 e 48 della Costituzione del 1971.

<sup>94</sup> Da queste situazioni prende le distanze il caso turco. Nonostante ciò, la legislazione nazionale continua ad imporre legislazioni discriminatorie nei confronti delle minoranze non islamiche le quali continuano a subire divergenze di trattamento nei confronti della maggioranza della popolazione di fede islamica. Sulla convivenza tra un costituzionalismo laico e una legislazione “tradizionale” in Turchia si rimanda al capitolo 4.

esempio dichiara che libertà, giustizia e uguaglianza sono i pilastri della società e che lo Stato garantisce il perseguimento di uguali opportunità per tutti i cittadini<sup>95</sup>.

Non sempre però il riferimento alla uguaglianza formale si è tradotto in una tutela sostanziale, anche a causa del mancato richiamo in molte Carte costituzionali al divieto di discriminazione basato sul sesso od al credo di appartenenza. In tal senso, queste esperienze si distinguono dalla tradizione giuridica occidentale, dove, al principio di uguaglianza consegue il divieto di discriminazione *tout court*, tanto da divenire due principi che rappresentano due facce della stessa medaglia, e che indicano non soltanto la previsione formale, ma anche la necessità che lo Stato si attivi affinché quella condizione di uguaglianza possa essere sostanzialmente perseguita.

Questi rapidi richiami alla disciplina costituzionale vigente permettono di concludere che se da un punto di vista meramente formale le Carte Costituzionali dell'area possono essere considerate "in linea" con quanto sancito sul piano internazionale, esistono delle differenze per quanto concerne "l'espressione" e la "portata" della tutela giuridica.

Indubbiamente la maggior parte dei vincoli imposti sono conseguenza della cultura giuridica endogena, seppur, come visto, non manchi anche nella dottrina tradizionale islamica il riconoscimento di quei principi di uguaglianza universale, ma che nel corso della evoluzione di questo sistema sono stati trascurati ed inapplicati.

Alla disciplina costituzionale si affiancano, al contempo, le scelte politiche che negli ultimi decenni hanno "strumentalizzato" quelle stesse disposizioni a proprio vantaggio. Si fa riferimento al massiccio ricorso che si è fatto alle dichiarazioni sullo stato di emergenza, divenute nel corso del tempo una forma di legalizzazione della limitazione delle garanzie formali previste in Costituzione, giustificate da motivi "eccezionali", come la necessità di prevenire l'attività criminale e terroristica nella comunità sociale.

L'analisi dei casi oggetto di questo studio sarà in grado di dimostrare come il ricorso straordinario a tali situazioni sia divenuto una "regola" della forma di organizzazione del potere, legittimando le scelte dell'esecutivo e privando, di converso, gli organi giurisdizionali della loro funzione, attraverso la previsione di Corti eccezionali o

---

<sup>95</sup> Articoli 7 e 8.

militari, le cui decisioni hanno rappresentato spesso una traduzione degli indirizzi dettati dal detentore del potere, con l'evidente superamento di tutte le garanzie costituzionali ammissibili.

Questo spiega le attuali mobilitazioni che stanno coinvolgendo i principali sistemi dell'area arabo-musulmana, simbolo di una richiesta di democrazia e di tutela di quei diritti sanciti nelle Costituzioni, ma che difficilmente può trovare soluzione se non si riparte dal ridefinire le modalità attraverso cui questi ordinamenti intendono regolarsi. Il riferimento alla tradizione islamica continua a rappresentare il principale vincolo al riconoscimento dei diritti, ma è anche vero che l'attualità giuridica si compone di una serie di voci, tra cui alcune moderate ed aperte alla modernizzazione ed alla laicizzazione del sistema, che evidenziano il loro diverso sentire sulla materia, anche attraverso l'adozione di documenti giuridicamente vincolanti.

Per questi motivi, il rafforzamento di queste tesi può costituire la nuova piattaforma su cui costruire l'accettazione di una teoria giuridica che avalli l'universalismo dei diritti e la loro legittimazione giuridica e culturale.

Ciò non implica la rinuncia al richiamo alla cultura autoctona, ed il caso islamico può dimostrare come all'interno della tradizione giuridica contemporanea sia possibile rintracciare dei punti di contatto con la dottrina internazionale, tale da superare le classiche discriminazioni a cui questi ordinamenti danno ancora attuazione.

In questo senso, pertanto, teorie come quelle del giusnaturalismo islamico, da un lato, così come dell'universalismo situato o ancora del margine di apprezzamento, dall'altro, possono accorrere per avviare un dialogo tra culture del diritto ed ammettere come all'interno di ciascuna posizione siano ravvisabili nuclei comuni, come la dignità umana o la giustizia, dai quali partire per costruire una piattaforma comune e necessaria per qualsiasi tipo di speculazione giuridica futura, così da creare una teoria dei diritti che guardi con "sguardo distaccato" a quell'immedesimazione tra norma religiosa e giuridica non più attuabile nel contesto odierno.

## CAPITOLO IV

### II MODELLO COSTITUZIONALE NEGLI ORDINAMENTI DELL'AREA MEDITERRANEA. MODELLI A CONFRONTO

Con questo capitolo si apre la seconda parte di questo lavoro il cui obiettivo è l'approfondimento del modello costituzionale accolto in due dei principali ordinamenti giuridici dell'area del mediterraneo, la Turchia e l'Egitto, emblemi di due risposte opposte al ricevimento del costituzionalismo e del rapporto tra lo Stato e la religione islamica.

La trattazione richiama quanto già analizzato a chiusura del primo capitolo, quando si è fatto riferimento al principio di laicità quale principale discriminante tra il modello di Stato costituzionale occidentale e quello a cui afferisce l'area oggetto di questo studio. Nel far ciò, si è visto come all'interno degli ordinamenti si possono distinguere sistemi che hanno accolto il principio ed ordinamenti che, al contrario, devono essere considerati confessionali in quanto, accanto ai tradizionali poteri del costituzionalismo occidentale, continuano a riconoscere la supremazia della legge religiosa, tanto da mettere in dubbio la garanzia sostanziale dei principi del costituzionalismo stesso.

Il costituzionalismo sviluppato deve essere considerato, invero, secondo una lettura particolare che si allontana dai principi occidentali, proprio perché calato nella realtà della cultura giuridica locale, in cui il differente sentire circa la libertà religiosa ed il conseguente riconoscimento del principio di laicità, ha imposto un approccio diverso, in cui gli organi dediti alla garanzia dell'ordine costituzionale, come le Corti, sono diventati i promotori di una convergenza tra la garanzia dei diritti con la cultura giuridica locale, sia a partire dall'accoglimento che dal rigetto della tradizione islamica. Lo studio delle esperienze costituzionali turca ed egiziana permette di evidenziare, nello specifico, due diverse risposte alla questione del rapporto tra islam e laicità e quindi tra islam e costituzionalismo occidentale.

La separazione tra lo Stato e la religione è il primo elemento di differenza che emerge nella comparazione dei due ordinamenti scelti come casi-studio di questo lavoro. Nel primo è stato importato un modello di *laïcité* alla francese, seppur diversa è stata la declinazione rispetto al modello originario, risoltosi in un controllo dall'alto

di tutte le questioni attinenti la cosa pubblica, compresa la fede; nel secondo si è giunti ad un suo “rigetto” morale, in cui la peculiare configurazione del rapporto tra Stato e religione ha avallato una posizione ambigua, a metà strada tra la scelta di mantenere la supremazia della legge religiosa, accolta in Costituzione quale “*fonte principale della legislazione*”, e la previsione di istituzioni e strutture “secolari” di derivazione “umana”, e come tale paradigma del tentativo di instaurare un sistema giuridico “duale” in cui i due ordini, religioso e laico, convivono.

L’analisi ripercorre le principali tappe dell’evoluzione del costituzionalismo in questi ordinamenti, soffermandosi in particolare sulle ultime riforme adottate, sia sotto il versante del rapporto tra i poteri che della tutela dei diritti. Da questa prima evidenza, si passa all’approfondimento delle principali istituzioni del costituzionalismo qui delineato, quali le Corti Costituzionali, le cui decisioni sono state tali da garantire l’ordine costituito, secondo i principi stabiliti nelle rispettive Carte.

Così, la Corte turca ha evidenziato la tensione verso la tutela dei principi posti alla base del sistema, quali la laicità ed il nazionalismo; mentre la Suprema Corte Costituzionale egiziana ha individuato, attraverso una posizione innovativa dei principi stabiliti nella Costituzione, una lettura armonica tra i principi tutelati dalla stessa, ponendo sullo stesso piano i valori della legge islamica con quelli tipici del costituzionalismo occidentale. Si tratta, quindi, di due orientamenti che confermano il diverso “sentire” della laicità ed, in particolare, il divergente modello di Stato costituzionale che si è qui consacrato, seppur entrambe ereditiere dei principi stabiliti durante l’impero Ottomano.

L’analisi è fondamentale e di apertura, infine, alla questione dei diritti che sarà approfondita nel prossimo capitolo con particolare attenzione alla questione della donna, ed in cui i due diversi approcci costituzionali trovano esplicitazione.

### *1. La Turchia ed il costituzionalismo laico contemporaneo*

La Turchia moderna è una Repubblica laica in cui la maggioranza dei cittadini professano la religione islamica<sup>1</sup>. È questo il principale caso nella storia giuridica

---

<sup>1</sup> I musulmani rappresentano la quasi totalità dei cittadini turchi. A questi si affiancano alcune minoranze riconosciute dal Trattato di Losanna, quali gli Armeno-cattolici, gli Armeno-ortodossi, i Caldei, i Greco-ortodossi, i Siro-cattolici, i Siro-ortodossi, gli ebrei ed i Romano-cattolici.

contemporanea a prevedere questa condizione, il cui approfondimento è quindi necessario in uno studio sul costituzionalismo islamico e sui principi su cui lo stesso si fonda. Il costituzionalismo turco rappresenta, invero, l'unico modello giuridico dell'area musulmana ad aver imposto una netta separazione tra lo Stato e la religione, staccandosi formalmente dal richiamo alla tradizione religiosa, e per questo spesso al centro dell'attenzione della dottrina<sup>2</sup>.

Il caso è emblema, quindi, di una transizione giuridica in senso laico, ma alla quale non è seguita una pari trasformazione sociale e politica, per cui la tradizione classica è ancora osservata ed applicata, seppur non a livello ufficiale, soprattutto nelle materie in cui l'islam è più forte, come lo statuto personale.

Queste prime ragioni sono tali da offrire spunti di analisi interessanti e cogliere uno degli aspetti più peculiari di un ordinamento che negli ultimi decenni ha avviato una serie di riforme in vista della candidatura nell'Unione Europea ma che, al contempo, vive il ritorno verso un orientamento tradizionalista, rappresentato dall'elezione di un partito islamista al potere<sup>3</sup>. Anche questa prima riflessione aiuta a comprendere la natura della transizione costituzionale "laica" turca e la scelta qui avviata in tema di separazione tra Stato e religione.

### *1.1 L'origine del costituzionalismo turco ed i caratteri fondamentali*

La Turchia occupa sicuramente un posto privilegiato tra gli ordinamenti dell'area arabo-islamica. Il sistema costituzionale-democratico-laico è stato qui introdotto con la rivoluzione kemalista nei primi decenni del ventesimo secolo, seppur è il modello "costituzionale" ad aver preceduto quello "democratico" e "laico"<sup>4</sup>. Il primo è stato introdotto durante l'impero Ottomano, l'unico tra i sistemi non occidentali del diciannovesimo secolo ad aver compiuto un evidente sforzo al fine di avviare una transizione in tal senso.

---

<sup>2</sup> La stessa Costituzione ha accolto questo nuovo ordine, stabilendo nell'articolo 174 il divieto di ricostituzione del vecchio ordinamento giuridico su base religiosa.

<sup>3</sup> Cfr. L. NOCERA, *La Turchia contemporanea. Dalla Repubblica kemalista al governo dell'AKP*, Roma, 2011

<sup>4</sup> Cfr. E. ÖZBUDUN, *Constitutional law*, in T. ANSAY, *Introduction to Turkish law*, Norwell, 1987, pagg. 23- 60

Storicamente, spesso, si fa coincidere questo momento con l'adozione delle *tanzimat* o riforme<sup>5</sup>, ma giuridicamente questo non è esattamente vero. Le *tanzimat* sono state delle dichiarazioni unilaterali concesse dal sultano, attraverso cui sono stati riconosciuti dei diritti ai sudditi ottomani, tra cui il principio di uguaglianza, ma in assenza di veri caratteri “costituzionali”, come la legittimazione popolare, o di meccanismi giuridici finalizzati a garantire la applicabilità di quelle disposizioni, facendo degli stessi dei documenti vincolanti solo formalmente.

Non è questo un tentativo di minimizzare il contenuto delle *tanzimat*, le quali, al contrario, hanno avuto un ruolo determinante nella storia costituzionale dell'area, aprendo la strada al riconoscimento del principio di uguaglianza formale e di cittadinanza con il superamento del sistema dei *millet* caratterizzante l'impero Ottomano, suddiviso a seconda dell'appartenenza dei suoi cittadini alle comunità religiose<sup>6</sup>. Le *tanzimat*, invero, hanno rappresentato il primo documento formalizzante il tentativo di superare il potere autocratico ottomano, aprendo la strada all'adozione della Carta costituzionale nel 1876<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> L'epoca delle riforme nell'Impero Ottomano prende avvio con Maometto II, tra il 1808 ed il 1839, e culmina con le *tanzimat*. Nel 1808, la *Sened-i Ittifak*, la Carta dell'Alleanza, aveva ristretto i poteri del Sultano, delegando alcuni poteri al Senato, l'*Ayan*. Ma è con le *tanzimat* e l'adozione del “*khatt-i sherif*” o decreti di Gülhane del 1839, che si fissano i principi basilari su cui si costituirà il successivo costituzionalismo, quale il riconoscimento del diritto alla vita ed all'onore dei sudditi del Sultano, la riorganizzazione del sistema fiscale e di quello militare. In particolare, l'*Hatt-i Hümayunu*, l'Editto di *Islahat* del 1856 sancisce la libertà dei culti, proclamando la eguaglianza dei cittadini senza distinzione di religione, aprendo ai non musulmani il servizio militare ed abolendo definitivamente il sistema dei *millet*. Cfr. V. P. DUMONT, *La période des “Tanzimat” (1839-1878)*, in R. MANTRAN (a cura di), *Histoire de l'Empire ottoman*, Paris, 1989; M. G. LOSANO, *L'ammmodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, Milano, 1985

<sup>6</sup> Cfr. M. TEDESCHI, *La comunità come concetto giuridico*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Comunità e soggettività*, Cosenza, 2006, pagg. 11 e ss.

<sup>7</sup> Come visto nel primo capitolo, le prime Costituzioni ottomane non sono da considerare come documenti democratici, in quanto seppur prevedendo istituzioni “secolari, hanno mantenuto il potere nelle mani di un solo soggetto, senza riconoscere la sovranità al popolo. Tuttavia, questi primi documenti sono stati in grado di avviare una transizione verso la democrazia costituzionale, diminuendo l'impatto della tradizione islamica con l'importazione dei principi occidentali di origine europea. La Carta 1876, nello specifico, rappresenta il primo documento giuridico della storia dell'islam ad aprire al costituzionalismo “positivo”, con la previsione di un embrionale sistema di *check and balances* finalizzato a limitare il potere assoluto del sovrano ed a stabilire la presenza di un'Assemblea legislativa parzialmente eletta dal popolo, la *Meclis-i Umuni* o Assemblea Generale, secondo il modello costituzionale europeo, ed in particolare della Costituzione prussiana del 1851. Cfr. K. GÜVEN, *General principles of Turkish Law*, Ankara, 1996, pag. 142; V.R. MATRAN, *La Déclaration des droits de l'homme et les Edits Sultanines des 1839 et 1856*, in AA.VV., *De la Révolution française à la Turquie d'Atatürk*, Paris, 1990

La Turchia moderna ha ereditato, infatti, i processi di riforma avviati nell'ultima fase dell'impero Ottomano, ma a differenza di questo ultimo, ha estromesso la religione dalla materia pubblica e costituzionale, imponendo un sistema laico e secolare<sup>8</sup>.

L'impero entra definitivamente in crisi nei primi decenni del ventesimo secolo. Già nel 1908 la rivoluzione capeggiata dai Giovani Turchi determina la fine sostanziale dello stesso, dando avvio a quello che è considerato il "periodo costituzionale Ottomano", durato fino al 1913, quale prima esperienza di democrazia parlamentare durante la quale sono introdotti i diritti civili e politici, tra cui la libertà di stampa, il diritto di riunione e di sciopero. Ma il peggioramento della situazione internazionale ed il coinvolgimento nella prima guerra mondiale a fianco delle potenze perdenti, Austria e Germania, ne avvia la decadenza definitiva. Alla fine del conflitto, l'impero è occupato dalle potenze straniere, e si consolida l'era della "liberazione nazionale" o *Millî Mücadele*, ricca di "novità" di rilevanza costituzionale e sociale<sup>9</sup>. Nel 1920, Mustafa Kemal chiede l'elezione di una nuova "Assemblea costituente" dotata di speciali poteri, istituendo la "Grande Assemblea Nazionale Turca", la *Turkiye Buyuk Millet Meclisi* (TBMM), con il compito di avviare una nuova fase costituzionale e sganciarsi dal potere ottomano. Nel 1921 è adottata la nuova Costituzione, *Teşkilat-i Esasiye Kanunu*, con la quale si prevede una forma di governo assembleare, caratterizzata dall'assenza di una separazione dei poteri, che sono concentrati nelle mani della TBMM, alla quale sono riconosciute sia funzioni legislative che poteri esecutivi. Il Presidente è lo stesso Kemal, il quale assume anche la carica di Capo dello Stato<sup>10</sup>. Il sultanato Ottomano è abolito nel novembre del 1922 con la proclamazione della Repubblica, e si afferma il principio della sovranità nazionale. Rispetto al modello precedente, quindi, si modifica il vertice del sistema

---

<sup>8</sup> Nel periodo ottomano, come visto, la *shari'a* è la base su cui fondare tutto il sistema giuridico ed i *mufti* ricoprono un ruolo centrale nell'indirizzo da dare alle norme adottate. Ciò spiega perché le riforme avviate in tale contesto non sono state tali sentite come una minaccia al modello islamico, essendo le leggi secolari vincolate all'obbligo di della conformità con le fonti islamiche. Lo stesso *Mejelle*, il primo Codice Civile basato sui principi della scuola *hanafita*, pur diventando il simbolo del nuovo corso esemplifica il dualismo dell'ordinamento, di fonte religiosa e statale.

<sup>9</sup> È questa l'epoca delle lotte nazionaliste, importantissime per la nascita della nuova Repubblica e del nazionalismo che la caratterizzerà, e che ha consacrato l'Anatolia come l'eterna "patria dei Turchi". Cfr. E. COPEAUX, *Espaces et temps de la nation turque. Analyse d'une historiographie nationaliste 1931-1993*, Paris, 1997, pag. 50

<sup>10</sup> Come Primo Ministro è nominato il suo luogotenente Ismet İnönü, esponente del Partito Repubblicano del popolo, o *Cumhuriyetçi Halk Partisi* (CHP), e sostenitore dei principi teorizzati da Kemal, poi accolti nell'articolo 2 della Costituzione con la riforma del 5 febbraio del 1937. Lo stesso İnönü assumerà la guida del paese alla morte di Kemal, nel 1938.

costituzionale, ma rimane intatto l'esercizio del potere che continua ad avere i caratteri dell'autocrazia.

Nel frattempo, nel 1923 la firma del Trattato di Losanna determina la fine ufficiale, anche sul piano formale dell'impero Ottomano ed il riconoscimento della nuova Repubblica turca. Segue l'adozione di una nuova Carta che formalizza la nuova forma di Stato repubblicana, e nella quale confluiscono anche molti principi della Carta del 1921.

La Costituzione del 1924, così, istituisce un nuovo ordine costituzionale, più aperto e democratico rispetto al precedente, seppur come sostiene Özbudun<sup>11</sup>, la democraticità è da rilevare più nello spirito che nella sostanza, poiché anch'essa è vittima della tirannia della maggioranza o meglio, della tirannia personale del leader della transizione, Kemal Atatürk.

La concentrazione dei poteri caratterizza ancora la forma di governo, che si impone come un governo assembleare, in cui la supremazia dell'Assemblea è da leggersi come lo specchio del monopolio politico del partito di governo, giustificato quale unica strada per arrivare alla formazione di un ordine democratico.

Ma se il costituzionalismo avviato poco ha a che fare con i principi della separazione dei poteri, così come della tutela dei diritti della dottrina classica, esso apre la strada alla laicizzazione delle istituzioni. L'articolo 2 della Costituzione, che riconosceva l'islam quale religione di Stato, è emendato il 10 aprile del 1928<sup>12</sup>, ed il principio di laicità diventa il valore fondante del nuovo ordine statale. Con la riforma costituzionale del 5 febbraio del 1937 si ha l'introduzione ufficiale del principio in Costituzione, caratterizzandone da lì in poi la forma di Stato repubblicana<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. E. ÖZBUDUN, *op.cit.*, pag. 26

<sup>12</sup> L'emendamento costituzionale del 1928 sancisce formalmente l'avvio del processo di laicizzazione giuridica. Ma come ricorda Berkes, tale processo non riguarda tanto la separazione tra Stato e religione quanto la scelta a favore della democrazia ed il rigetto della teocrazia, come prova della volontà di recidere l'esperienza giuridica turca dall'eredità ottomana. Cfr. N. BERKES, *The development of Secularism in Turkey*, Montreal, 1964, pag. 481

<sup>13</sup> Sotto il versante storico costituzionale, l'introduzione del principio di laicità apre il sistema al multipartitismo ed alle prime elezioni libere della storia del repubblicanesimo turco del 1950. Anche il discorso islamista è avvantaggiato, con la riapertura delle scuole coraniche nel 1952, il ritorno della preghiera in arabo e l'introduzione di corsi di insegnamento laico della religione, seppur sotto il controllo dello Stato. Cfr. L. NOCERA, *op. cit.*, V. G. LEWIS, *La Turquie*, Paris, 1968

#### CAPITOLO IV

Con l'entrata in vigore della Costituzione del 1961<sup>14</sup>, il costituente, sotto il controllo dei militari, prova a superare molti dei problemi insiti nell'ordinamento del 1924. La stessa si apre al concetto di democrazia pluralista, introducendo sistemi di controllo tra poteri e principi democratici, quali la garanzia dei diritti delle minoranze, ed avvia la fase "democratica" del costituzionalismo turco. La nuova Carta sancisce un dettagliato *bill of rights* e la formazione di un organo di giustizia costituzionale deputato al controllo di costituzionalità delle leggi, a garanzia del nuovo ordine e soprattutto dell'implementazione del principio del *rule of law*.

La Costituzione riconosce solennemente la libertà di coscienza (articolo 9), di stampa (articolo 22), di sciopero (articoli 45-47), i partiti politici (art. 56), seppur assegna alla Corte Costituzionale il compito di sciogliere quei partiti contrari alla Costituzione (articolo 57). Questa Carta rimane in vigore per 19 anni, seppur emendata diverse volte<sup>15</sup>.

Nel 1980 un nuovo colpo di Stato trasferisce nuovamente il potere nelle mani dei militari che da quel momento governano il paese per tre anni. In questo frangente, nel 1982 è adottata una nuova Costituzione, la ultima ed attualmente in vigore, approvata a mezzo di referendum costituzionale<sup>16</sup>.

La nuova Carta prevede nella sesta parte una serie di norme transitorie che riconoscono il potere esecutivo al Comitato di Salvezza Nazionale (art. trans. 1), al

---

<sup>14</sup> Nel 1960 i militari destituiscono il Presidente İnönü prendendo il potere e l'anno successivo è adottata la nuova Carta Costituzionale. La Costituzione è scritta da un'Assemblea costituente composta da membri nominati dai partiti politici e dalle organizzazioni sociali, ed è approvata a mezzo referendum il 9 luglio del 1961.

<sup>15</sup> Gli anni settanta hanno rappresentato un periodo difficile della storia repubblicana turca, caratterizzati dalla presenza del nuovo colpo di Stato del 12 marzo del 1971, il secondo della storia del paese, e dell'avvio del "quasi regime militare", entrato in vigore con la legge marziale del 13 maggio 1971. La Corte Costituzionale, in questo frangente, ordina lo scioglimento del partito islamico, il *Milli Nizam Partisi* (MNP), Partito dell'ordine nazionale il 21 maggio 1971 e del partito laburista turco, il *Turkiye Isçi Partisi* (TIP) il 20 luglio 1971. La legge marziale rimane in vigore fino all'ottobre 1973, quando si tengono nuove elezioni politiche. Per il testo della legge marziale, cfr. A. YONAH, E. H. BRENNER, S. T. KRAUSE, (ed. by), *Turkey. Terrorism, civil rights and the European Union*, London-New York, 2007, pagg. 22-37

<sup>16</sup> Il colpo di Stato del 1980 è il terzo della storia della Repubblica turca e la Costituzione che ne consegue presenta una posizione di chiusura rispetto all'ordinamento precedente, prevedendo norme più incisive per la limitazione dei diritti e delle libertà, soprattutto per motivi di sicurezza ed ordine nazionale (articoli 13 e 14). La Costituzione è adottata con la Legge costituzionale n. 2709 del 7 novembre 1982 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 17863 del 9 novembre 1982. La stessa definisce l'intervento militare del 12 settembre nel Preambolo come una "operazione", connotazione che la differenza della Carta del 1961, che riferiva allo stesso con i termini "rivoluzione". Tale riferimento è stato soppresso con la riforma costituzionale del 1995, approvata con Legge Costituzionale n. 4121 del 23 luglio 1995.

quale è attribuito, fino alla formazione della nuova Assemblea del popolo, il potere legislativo. Il testo della Carta riprende, tra l'altro, il contenuto del previgente ordine costituzionale, seppur i due documenti siano molto diversi “nello spirito”, a partire dai Preamboli. Quello della Costituzione del 1961 stabiliva l'instaurazione di un “sistema di leggi democratiche”, affidando la tutela dello stesso alla Corte Costituzionale; quello del 1982 proclama la volontà di impedire “una guerra civile per garantire la esistenza dello Stato Turco”, che è qui definita come sacrosanta<sup>17</sup>, sottolineando così il ruolo di rilevanza riconosciuto alla nuova burocrazia militare nel mantenimento dell'ordine costituito. È reintrodotta una unica Camera, dopo l'esperimento della seconda Camera prevista dalla Carta del 1961, e si stabilisce l'elezione indiretta del Presidente della Repubblica da parte della stessa.

Questo rapido richiamo all'evoluzione dell'esperienza costituzionale turca permette di comprendere come l'ordine delle tappe che ha caratterizzato l'accoglimento del costituzionalismo classico, come il riconoscimento dei principi di democrazia e di laicità del sistema, in tale circostanza si sia invertito. In questo caso, è la Costituzione ad avviare la fase di transizione che porta al riconoscimento formale dei valori della democrazia e della laicità del sistema, quale presupposto per la esistenza di un ordinamento costituzionale. Lo stesso costituzionalismo è un prodotto della Carta e non di uno “spirito costituzionale”, secondo l'accezione occidentale del termine, in cui rilevante è stata l'azione dei militari, garanti politicamente dell'ordine costituzionale inaugurato da Kemal, ma, al contempo, controllori degli organi istituzionali, tanto da condizionare lo stesso costituzionalismo, e divenire una delle cause dei rallentamenti nel processo di transizione avviato.

La Carta del 1982 perviene, in ogni modo, a stabilire definitivamente le principali caratteristiche su cui si fonda il costituzionalismo turco. Il primo articolo conferma la forma di Stato repubblicana della Turchia, mentre il secondo ne definisce le caratteristiche, quale forma di Stato democratica, *laica* e governata dal *rule of law*, in accordo con i principi del *nazionalismo* kemalista e del rispetto dei principi sui *diritti umani*<sup>18</sup>. Il nazionalismo è elemento portante del nuovo costituzionalismo e trova

<sup>17</sup> Per un'analisi comparata cfr. M. SPENCER, *From the Constitution of 1961 to the Constitution of 1982*, in *Turkish Yearbook of Human Rights*, n. 7-8, 1985-1986, pagg. 15 e ss.

<sup>18</sup> Nello stesso è possibile leggere “*La Repubblica turca è uno Stato di diritto democratico, laico e sociale, legato al nazionalismo di Atatürk e fondato sui principi fondamentali espressi nel preambolo*”. Al riguardo, il Preambolo stabilisce che “*nessuna opinione può essere protetta a*

specifica disciplina nell'articolo 3, il quale stabilisce l'indivisibilità della Turchia, del suo territorio e della nazione e riconosce il turco come la lingua ufficiale. L'articolo 4, quale norma di chiusura dei principi fondamentali dell'ordinamento, fissa la non emendabilità degli stessi, che pertanto non possono essere sottoposti ad alcuna procedura di revisione costituzionale, ex articolo 175 della Carta<sup>19</sup>. Lo stesso stabilisce che *“le disposizioni dell'articolo 1 della Costituzione, stabilenti la forma repubblicana dello Stato, come le norme dell'articolo 2, relative alle caratteristiche della Repubblica, e quelle dell'articolo 3, non possono essere modificate né una loro modifica può essere proposta”*.

L'analisi di questi principi va oltre gli obiettivi di questo studio, motivo per cui ci si soffermerà nei prossimi paragrafi solo sul principio di laicità. In questa parte, si provvede a darne, però, una definizione, a maggiore qualificazione del costituzionalismo che con questa fase si avvia.

a) Il nazionalismo o *milliyetçilik*. Principale elemento della Repubblica è la nazione turca, intesa quale fonte della organizzazione dei poteri. Il richiamo alla nazione rende l'incompatibilità dell'ordinamento con un modello di Stato teocratico ove le componenti dello stesso sono individuate su base religiosa. Il nazionalismo si basa sul sentimento di tutti di riconoscersi nella “nazione”, intesa come un amalgama che annulla le differenze relative a lingue, razze od appartenenze religiose in funzione del riconoscimento in un'unica identità nazionale. Nella Carta si fa riferimento esplicito al “nazionalismo turco”, quale rafforzamento della specificità del nazionalismo accolto, che non può che rimandare alla storia dello Stato-nazione di derivazione ottomana<sup>20</sup>.

b) Il *rule of law* o *hukuk devleti*. È il principio tipicamente occidentale secondo il quale il sistema deve essere informato alla supremazia della legge, per cui ogni atto

---

*discapito degli interessi nazionali turchi, del principio di indivisibilità dell'entità turca, dei principi del riformismo di Atatürk, e in virtù del principio di laicità i sentimenti religiosi sono sacri e non possono in nessun caso interferire con gli affari dello Stato e con la politica nazionale”*.

<sup>19</sup> Il procedimento di revisione costituzionale disciplinato all'articolo 175 è stato emendato nel 1987, modifica che ha reso la procedura più complicata, attribuendo un maggiore potere al Presidente della Repubblica, il quale può riferire la questione alla Corte costituzionale per la valutazione del progetto di revisione oltre che indire il referendum popolare per l'approvazione della modifica costituzionale (comma 3). Il primo comma dell'articolo 175 della Costituzione, prevede per l'approvazione diretta di una modifica della Carta una maggioranza dei tre quinti dei componenti l'Assemblea.

<sup>20</sup> Come vedremo nel prossimo paragrafo, l'elemento del nazionalismo non può essere scisso da quello religioso, entrambi da sempre caratterizzanti il sistema costituito, dal punto di vista politico e sociale, ma anche e soprattutto giuridico.

non può contravvenire alla stessa. Il *rule of law* trova esplicitazione nella previsione di un controllo giurisdizionale della legittimità delle norme amministrative (art. 125), del controllo di costituzionalità delle leggi (art. 146) e dell'indipendenza del giudiziario (art. 138), requisiti fondamentali per rendere giudizi in conformità alla legge ed alla Costituzione. La stessa Corte Costituzionale ha più volte chiarito cosa si deve intendere per *rule of law*, sancendo che esso “*descrive lo Stato come protettore dei diritti umani e stabilisce un sistema giuridico capace di proteggere gli stessi, conformemente a quanto previsto dalle stesse previsioni costituzionali. A tale fine esso è soggetto al controllo giuridico nei suoi atti e provvedimenti*<sup>21</sup>”.

c) La tutela dei diritti. Oltre al nazionalismo ed al principio di laicità, la Costituzione riconosce tutti i diritti comunemente previsti dalle Carte liberali, tra i quali la libertà di espressione, la manifestazione del pensiero, di religione ed associazione, il diritto alla proprietà privata, e così via, quali diritti fondamentali ed inalienabili. L'inviolabilità dei “*core rights*” è, però, limitata ai casi di applicazione dello stato di emergenza, ai sensi dell'articolo 148 della Costituzione, ed alla vigenza della legge marziale<sup>22</sup>. In questo caso, gli articoli 121 e 122 della Carta sanciscono che le modalità di limitazione dei diritti sono stabiliti dalla legge, demandando al legislatore la discrezionale decisione sulla limitazione dei diritti in forza della legislazione marziale. L'articolo 148, tra l'altro, stabilisce che le norme approvate durante questi periodi non sono soggette al controllo di costituzionalità delle leggi, rappresentando questa un'ulteriore restrizione del campo di applicazione della materia dei diritti, che crea evidenti problemi in materia di una loro effettiva protezione da parte

---

<sup>21</sup> Cfr. la decisione della Corte Costituzionale n. 1 del 1976, in *Journal of the decisions of the Constitutional Court*, vol. 14, 1977, pag.189

<sup>22</sup> L'articolo 91 ai commi 1 e 2 stabilisce che “*l'Assemblea popolare turca può delegare il Consiglio dei Ministri ad adottare decreti aventi forza di legge .... con eccezione dei casi in cui la legislazione sia sottoposta alla legge marziale o allo stato di emergenza*”. La legge delega deve definire lo scopo, i principi ed il periodo di operatività del decreto e se più di un decreto deve essere adottato nello stesso periodo. Il potere di decretazione è stato oggetto di una questione di costituzionalità conclusasi con la sentenza del 22 maggio 2003 n. E.2003/28- K. 2003/42 (su *Official Gazette* n. 25404 del 16 marzo 2004) avanzata contro l'articolo 7 del decreto legge n. 285, che stabilisce che un'azione di annullamento non può essere avanzata contro le decisioni amministrative adottate dai governatori regionali durante lo stato di emergenza. Solo durante il periodo di vigenza della legge marziale o dello stato di emergenza, infatti, il potere di decretazione produce effetti diretti, senza che vi sia la necessaria la legge di autorizzazione dell'Assemblea.

dell'ordinamento<sup>23</sup>. Negli ultimi decenni, però, come si vedrà, una serie di emendamenti hanno abrogato il testo della Carta al fine di democratizzare il sistema e sganciarlo dalla supremazia militare in cui lo stesso era inserito. Sono state rafforzate, così, le tutele in materia di diritti fondamentali, tra cui i diritti politici attraverso il diritto di voto (art. 67), compreso il diritto di voto all'estero ed il diritto di costituire partiti politici, con il riconoscimento delle libertà politiche dei membri di università pubbliche, sia di studenti che di insegnanti, prima limitati. È stato, inoltre, abrogato l'articolo 52 che vietava l'attività politica dei sindacati, ampliando quindi il novero delle libertà ammesse dall'ordine costituzionale<sup>24</sup>.

d) La laicità. La separazione tra Stato e religione è il caposaldo del costituzionalismo turco, per cui la organizzazione pubblica dello Stato non può essere in alcun modo riferita a questioni di carattere religioso. Corollario è il divieto della formazione di partiti o movimenti politici a carattere religioso con il fine di sovvertire l'ordine secolare e democratico o di stabilire la dittatura di questo o di quell'orientamento religioso. Il principio di laicità è stato introdotto nel sistema costituzionale turco nel 1937 e da quel momento è stato posto a guida del sistema repubblicano. La stessa ha assunto non soltanto il significato di separazione tra Stato e Chiesa, ma anche, e soprattutto, quello di liberazione delle strutture statali e degli individui dalle tradizioni islamiche; ma la laicità è stata anche ideologia di Stato<sup>25</sup>, per cui alla transizione giuridica è seguita la trasformazione culturale, e la ricostruzione dell'identità turca, attraverso l'abbandono degli stili di vita e dell'abbigliamento tipicamente islamici. La nuova laicità ha previsto il riconoscimento ad un organo costituzionale, il *Diyanet* o Direzione per gli affari religiosi, di cui all'articolo 136

<sup>23</sup> Dal 1987, infatti, dieci province hanno dichiarato lo stato di emergenza e tutti i diritti sono stati limitati con decreti aventi forza di legge immuni dal controllo di costituzionalità della legge,. Cfr. O. DÖGRÜ, *Turkey*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, 1995, pagg. 285-292.

<sup>24</sup> Il primo emendamento è entrato in vigore il 17 maggio del 1987, modificando quattro articoli della Carta, tra cui l'articolo 175 disciplinante la procedura di revisione costituzionale. Il secondo è dell'8 luglio 1993, il quale ha modificato la materia del monopolio sulle radio e le frequenze tv, di cui all'articolo 133, al fine di rafforzare il regime delle libertà di informazione e di manifestazione del pensiero. Un terzo e più importante emendamento è entrato in vigore il 23 luglio del 1995. Questo ultimo ha modificato la materia sulle *trade unions* per i dipendenti pubblici, disciplinata all'articolo 53 comma 3, sancendo il ritiro della norma sul divieto di attività politica per studenti e professori nelle scuole ed il ritiro del divieto di predisposizione di attività politica da parte di associazioni, fondazioni, cooperative. L'emendamento ha previsto tra l'altro la regolarizzazione del controllo giudiziale nella sospensione dall'attività delle associazioni e organizzazioni pubbliche, da effettuarsi solo nei casi previsti dalla legge (articolo 33 comma 4).

<sup>25</sup> Cfr. A.T. KÜRÜ, *Secularism and State policies toward religion. The United States, France and Turkey*, Cambridge, 2009

della Carta, il compito di regolamentare e controllare la materia religiosa, rappresentando la principale esplicazione del modello secolare qui perseguito<sup>26</sup>. Così, la dualità tra il sistema giuridico occidentale e quello islamico è stata risolta in favore del primo, seppur di fatto alla secolarizzazione istituzionale e giuridica non è stata seguita, come vedremo, quella sociale e culturale, continuando ad esistere un “doppio binario” soprattutto in quelle materie in cui la tradizione islamica è sempre stata più forte.

### *1.2. Le revisioni costituzionali ed il processo di democratizzazione*

Il 3 ottobre del 2001 entra in vigore la prima grande riforma della Costituzione del 1982 fin dalla data della sua adesione. La revisione costituzionale del 2001<sup>27</sup> può essere considerata la prima tappa perseguita dal costituente per il superamento del sistema illiberale e non democratico che il regime dei militari del 1982 aveva istituito<sup>28</sup>. La riforma approva 37 emendamenti, riguardanti la materia dei diritti e delle libertà fondamentali, le competenze degli organi dello Stato, le relazioni tra le istituzioni civili e quelle militari ed, infine, l'abolizione degli effetti prodotti dall'intervento militare del 12 settembre 1980, con il superamento del sistema di immunità costituzionale per le leggi marziali adottate durante il periodo di vigenza del governo militare.

Nello specifico, sotto il versante dei diritti<sup>29</sup>, rilevante è la modifica dell'articolo 13, in tema di restrizione dell'esercizio dei diritti e delle libertà, la quale è ammessa *solo*

---

<sup>26</sup> Per un esame sul rapporto tra la laicità turca e la Direzione per gli Affari Religiosi, cfr. A. H. ADANALI, *The Presidency of Religious Affairs and the Principle of secularism in Turkey*, in *The Muslim World*, vol. 98, n.2-3, 2008, pagg. 228-243

<sup>27</sup> La riforma è fortemente sostenuta dal partito di maggioranza l'*Adalet ve Kalkinma Partisi* (AKP) Partito della Giustizia e dello Sviluppo, erede della linea più riformista del *Refah Partisi*, sciolto dalla Corte Costituzionale con sentenza del 16 gennaio 1998. A differenza del predecessore, l'AKP sostiene la laicità dello Stato e rafforza il processo di integrazione europea, motivo che gli vale, come vedremo, il rigetto della richiesta di scioglimento da parte della stessa Corte.

<sup>28</sup> Cfr. L. GÖNENÇ, *The 2001 Amendments to the 1982 Constitution of Turkey*, in *Ankara Law Review*, vol. 1, n. 1, 2004, pagg. 89-109

<sup>29</sup> Nell'ambito degli emendamenti adottati e che modificano il titolo riservato alla tutela dei diritti, la riforma del 2001 interviene nel novero dell'articolo 19 in materia di sicurezza personale, riducendo il periodo di detenzione da 15 a 4 giorni in caso di offese commesse dalla collettività; sono emendati gli articoli 20, 21, 22, 23, rispettivamente in materia di tutela della vita privata, di inviolabilità del domicilio, di libertà di comunicazione e libertà di movimento e residenza. Questa ultima, in particolare, può essere limitata solo per questioni attinenti ad obbligazioni di natura civile o penale ma non per motivi di natura economica. Ancora, la revisione riguarda l'articolo 26, in materia di libertà di

per motivi inerenti i principi fondamentali tutelati in Costituzione<sup>30</sup>, ed è reintrodotta il principio della “sostanza dei diritti” per la regolamentazione della limitazione del godimento degli stessi, uno dei pilastri della Costituzione del 1961 e che la Carta del 1982 non aveva accolto, seppur sopravvissuto nella giurisprudenza della Corte.

A questo si aggiunge il principio di legalità, quale ulteriore vincolo alla limitazione del godimento dei diritti. Il tentativo di rafforzare questo principio risponde all'esigenza di superare la convinzione a cui la precedente versione lasciava intendere, per cui alcune limitazioni potevano essere adottate anche attraverso regolamenti od atti amministrativi, soprattutto nell'ambito dei diritti economici e sociali<sup>31</sup>.

È emendata anche la materia dell'abuso del diritto di cui all'articolo 14, limitato ai soli casi di attacco all'indivisibilità dello Stato ed alle caratteristiche della Repubblica<sup>32</sup>, e che prevede un sistema di sanzioni per gli individui e per lo Stato che violano la disposizione. Si introduce, pertanto, una importante novità nel sistema

espressione e di pensiero, armonizzata con gli standard europei attraverso l'espansione dello scopo della stessa. Importanti sono anche le modifiche in tema di diritti politici, ed in particolare dell'articolo 69 che regola la disciplina dei partiti politici e le casistiche per cui un movimento può essere perseguito perché considerato anti-sistema. Come vedremo, questa norma è stata più volte al centro della giurisprudenza della Corte turca, la quale nella tutela dell'ordine costituzionale, ha più volte posto l'attenzione sull'attività “anticostituzionale” dei partiti. Nello specifico, la riforma inserisce un sistema di punizione graduale, che permette alla Corte di non procedere direttamente con una sentenza di scioglimento, imponendo misure punitive che vanno verso la soppressione degli aiuti di stato, in tutto od in parte, a seconda della gravità dell'azione promossa. In materia di diritti politici, sono emendati altresì gli articoli 66, 67, 74 disciplinanti rispettivamente la materia della cittadinanza, il diritto di voto ed il diritto di presentare petizioni.

<sup>30</sup> La precedente norma prevedeva una lista dei casi in cui era legittimo provvedere alla limitazione dei diritti fondamentali, quali la salvaguardia dell'integrità e dell'indivisibilità dello Stato, della sovranità nazionale, della Repubblica, della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della pace, dell'interesse pubblico, della morale pubblica, della salute pubblica. A questo aggiungeva la limitazione del godimento dei diritti per ragioni generali o specifiche, lasciando a decisioni arbitrarie la possibilità di imporre dei limiti al godimento dei diritti e delle libertà fondamentali.

<sup>31</sup> Questa sensazione rimane nella lettura dell'articolo 91 in materia di competenza “legislativa” del potere esecutivo. La norma riconosce il potere del Presidente di adottare decreti aventi forza di legge, con esclusione dei diritti fondamentali tutelati nel primo e secondo capitolo della seconda parte della Costituzione e dei diritti e libertà politiche di cui al capitolo quarto (i quali possono essere oggetto del potere di decretazione dell'esecutivo solo in caso di stato di emergenza). Questa disposizione va, quindi, quasi ad ammettere la disponibilità dei diritti economici e sociali nelle mani del governo.

<sup>32</sup> La nuova disposizione definisce l'abuso del diritto come la azione finalizzata a colpire l'integrità dello Stato e l'essenza democratica e laica della Repubblica, e come tale abroga tutte le fattispecie previste dalla precedente disposizione, tra cui l'azione egemonica di classi sociali o individui il cui scopo è stabilire la supremazia di un determinato gruppo identificato su base razziale, religiosa o linguistica.

costituzionale, che si ispira all'articolo 17 della CEDU, nel tentativo di garantire una migliore protezione dei diritti del singolo nei confronti delle istituzioni statali<sup>33</sup>.

Rilevante è la modifica dell'articolo 41, in materia di protezione della famiglia, introdotta in vista di una maggiore implementazione del principio di uguaglianza tra uomo e donna. La novellata norma dispone che *“la famiglia è l'istituzione principale della società turca ed è basata sull'uguaglianza degli sposi”*, nel tentativo di superare tutte le discriminazioni basate sul sesso ancora ammesse dall'ordinamento vigente. A seguito della riforma costituzionale, infatti, nel novembre dello stesso anno la Grande Assemblea Nazionale approva il nuovo Codice Civile, che sostituisce il precedente risalente al 1926.

Sotto il versante della garanzia sostanziale dei diritti, si provvede ancora a regolamentare il principio del giusto processo di cui all'articolo 36 della Costituzione, mentre all'articolo 38 per la prima volta è inserita l'ammissibilità della pena di morte solo in caso di guerra, provvedendo così alla sua limitazione.

In materia di competenze dei poteri statali, la riforma limita il potere della Grande Assemblea Nazionale nell'adozione delle leggi di amnistia, appesantendo le maggioranze richieste, pari ai tre quinti dei componenti dell'organo legislativo, mentre per quanto concerne il potere esecutivo, è modificato l'articolo 89, riconoscendo al Presidente un potere di “veto parziale” sulle leggi presentate per la promulgazione alla Grande Assemblea Nazionale, il quale può ricorrere al “rinvio” alla stessa per una loro riconsiderazione. In questo, è assegnato un importante ruolo al Presidente nel controllare, e quindi limitare, che l'attività dell'organo legislativo sia conforme a Costituzione e bilanciare il potere dei militari.

Al contempo, sono circoscritti i poteri del Consiglio nazionale di sicurezza, soggetto centrale fin dalla Costituzione del 1961 nella regolamentazione di importanti materie di interesse pubblico, come l'educazione, la politica estera, i diritti umani. La riforma, emendando l'articolo 118, aumenta il numero dei componenti civili rispetto a quelli appartenenti ai corpi militari, facendo della richiesta di pareri resi dallo

---

<sup>33</sup> Rimane una differenza sostanziale rispetto alla disposizione di cui all'articolo 17 della CEDU. Mentre questo ultimo mira alla salvaguardia dei diritti fondamentali e delle libertà tutelate nella Convenzione contro la loro limitazione, il primo comma dell'articolo 14 riferisce al sistema sanzionatorio solo quale sistema per perseguire la tutela della integrità territoriale dello Stato e dell'ordine democratico e laico della Repubblica, di cui al primo comma della novellata norma, senza modificare lo spirito della Costituzione che rimane intatto laddove mira a proteggere *in primis* i soli pilastri considerati fondamentali e su cui, come visto, si fonda la Repubblica stessa.

stesso una “facoltà” del Consiglio dei Ministri, il quale può a sua volta “valutarne” il contenuto senza obbligo di conformarsi, limitando in tal modo il potere militare, da sempre causa di rallentamenti nel sostanziale processo di democratizzazione<sup>34</sup>. A tale scopo è emendato l’articolo 15 delle disposizioni transitorie al testo costituzionale, il quale interrompe gli effetti dell’intervento militare del 1980.

La revisione va a colpire, dunque, le disposizioni adottate durante i tre anni di vigenza del governo militare, dalla data del colpo di Stato fino alla entrata in vigore della Costituzione, conosciute come “le leggi del 12 settembre”, immuni fino a quel momento al controllo di costituzionalità delle leggi. La modifica dell’articolo 15 elimina lo *status* di eccezionalità, riconoscendo a queste norme il *mero* rango di legge e come tali soggette al controllo di legittimità costituzionale, affermando, così, la superiorità della Costituzione su *tutte* le norme adottate dal legislatore nazionale.

Nel 2004, il costituente turco interviene con una nuova riforma costituzionale, con la quale provvede ad adeguare l’ordinamento turco all’ordinamento europeo, soprattutto in materia penalistica. È abolita definitivamente la pena di morte, che la precedente riforma limitava ai soli casi di guerra, prevedendo dei limiti giuridici alla tortura ed ai maltrattamenti considerati disumani, e riformando il sistema di detenzione<sup>35</sup>.

Altresì, è rafforzato il regime delle libertà e dei diritti riconosciuti in Costituzione. In particolare, la riforma modifica l’articolo 10 della Carta, inserendo un secondo comma che dichiara l’uguaglianza tra uomo e donna e pone in capo allo Stato l’obbligo di assicurarne la sostanziale attuazione, in modo da eliminare le discriminazioni basate sul sesso.

---

<sup>34</sup> Come Repubblica parlamentare, il potere esecutivo turco è sempre stato un’emanazione della maggioranza presente in Parlamento, all’interno della quale sono stati scelti il Presidente ed i membri del Consiglio dei Ministri. La anomalia turca ha previsto, però, la responsabilità dell’esecutivo anche davanti al Consiglio di Salvezza Nazionale, organo militare che ha condizionato la storia costituzionale dell’ordinamento. La disposizione mira a ridurre questo squilibrio, rafforzando il processo decisionale “democratico”, spostando l’asse verso il Presidente della Repubblica nella fase legislativa, che diventa il garante dell’ordine costituzionale stesso.

<sup>35</sup> Sono modificati l’articolo 15 in tema di sospensione dell’esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, l’articolo 17 in materia di inviolabilità della persona, l’articolo 38, oggetto della riforma costituzionale del 2001, in tutte quelle parti in cui era previsto il richiamo alla pena capitale. Ancora, è modificato l’articolo 87, il quale riconduce tra le funzioni della Grande Assemblea Nazionale la competenza in materia di proclamazione di amnistie e perdoni, con i limiti per le attività di cui all’articolo 14, e la conferma delle sentenze di pena di morte passate in giudicato dalla Corti nazionali. La riforma rafforza i principi dell’ordinamento penale di derivazione europea di cui all’articolo 38 della Costituzione, tra cui il principio di legalità ed il principio di responsabilità e di proporzionalità della pena.

Molto importante è poi la modifica dell'ultimo comma dell'articolo 90 in materia di ratifica dei trattati, con la quale si riconosce l'immunità per gli stessi dal controllo di costituzionalità, con l'aggiunta della disposizione per cui in caso di conflitto tra una norma interna ed una norma internazionale, è la seconda a prevalere.

La riforma del 2004 rappresenta un successivo ed importante passo in avanti nel processo di riforma democratica avanzata dal costituente turco, con la quale si rafforzano il sistema dei diritti riconosciuti, la supremazia del diritto internazionale su quello nazionale e soprattutto si prevede la modifica della materia del diritto penale, il quale è così adeguato alla normativa europea, modificando ulteriormente l'originario impianto della Carta costituzionale del 1982.

Con un nuovo tentativo di riforma, nel settembre del 2010, il più incisivo, il costituente torna a modificare il testo della Costituzione, al fine di recidere definitivamente il potere dei militari, e ridurre la loro presenza nel governo della Turchia. La riforma si compone di 26 emendamenti che introducono importanti novità sotto il versante dei diritti, tra i quali il diritto alla *privacy*, il diritto allo sciopero, la parità dei diritti e la previsione del principio di "discriminazione positiva" nei confronti di particolari soggetti considerati più deboli, come donne, bambini, disabili, orfani ed anziani, rafforzando così il principio di uguaglianza *ex* articolo 10 già emendato nel 2004<sup>36</sup>.

La revisione costituzionale riguarda anche l'articolo 23 in tema di libertà di movimento, tra cui la libertà di emigrare, riconosciuta in egual misura all'uomo ed alla donna, anch'esso già riformato nel 2001, ora limitata solo ai casi di pendenze penali ma non di mancato rispetto di obbligazioni di natura civile. Importante novità riguarda la istituzione della figura dell'*Ombudsman*, di cui all'articolo 74 della Costituzione, quale mediatore tra i cittadini e lo Stato e garante della protezione dei diritti dei singoli rispetto al funzionamento dell'apparato burocratico ed amministrativo dello Stato<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Questo anche e soprattutto a seguito della decisione della Corte di Strasburgo del 9 marzo 2009 nel caso *Opuz c. Turchia* in materia di violenza domestica contro le donne. La questione è trattata nel prossimo capitolo.

<sup>37</sup> La disciplina prevista per la nomina dell'*Ombudsman* stabilisce la competenza della Grande Assemblea Nazionale, la quale deve provvedere alla nomina a maggioranza qualificata in un massimo di quattro sedute. Solo in caso di mancato raggiungimento del *quorum* richiesto, è possibile riferire ad una maggioranza assoluta, nella terza tornata, o ad una maggioranza relativa, nella quarta.

#### CAPITOLO IV

Con riferimento alle competenze degli organi costituzionali, la riforma modifica l'articolo 125, eliminando l'esclusione dal controllo di legittimità costituzionale degli atti del Consiglio di Sicurezza Nazionale, e mantenendo solo quello per gli atti del Presidente della Repubblica. Significativo è il ridimensionamento del ruolo dell'esercito nella Magistratura, con la possibilità di processare gli appartenenti ai corpi militari per crimini commessi nello svolgimento delle proprie funzioni.

Altresì, è modificata la composizione del Consiglio Supremo della Magistratura (*Hakimler ve Savcilar Yuksek Kuruku*, HSYK) e della Corte Costituzionale. Nel primo caso, i membri permanenti diventano 21 di cui due "di diritto", quali il Ministro della Giustizia ed il sottosegretario. La riforma sottopone tra l'altro le decisioni assunte dallo stesso al controllo di costituzionalità, previsione prima non ammessa. Per quanto concerne la Corte Costituzionale, i componenti passano da 11 a 17, la cui nomina è di competenza della Grande Assemblea Nazionale e del Presidente della Repubblica, a differenza della previgente disciplina che stabiliva la esclusiva competenza del Capo dello Stato<sup>38</sup>. È modificata la disciplina dell'accesso alla Corte, con l'introduzione dell'istituto del ricorso diretto da parte del singolo, quale strumento per meglio garantire i diritti o le prerogative costituzionali, soprattutto nei confronti degli atti emanati da organi pubblici. Il ricorso alla Corte Costituzionale deve rappresentare l'ultimo strumento ammissibile, in via residuale, esperibile quando non sia più possibile praticare altre strade al fine di ottenere la difesa dei diritti costituzionalmente garantiti. La nuova disciplina costituzionale stabilisce, infatti, le condizioni in presenza delle quali il ricorso diretto può essere esperito, quali la violazione di uno dei diritti e delle libertà fondamentali, tutelati sia in Costituzione che nella CEDU, e la conclusione di tutti i gradi di giudizio ammessi dal sistema di giustizia nazionale. È limitata, altresì, la competenza delle Corti militari al solo personale appartenente al corpo militare, mentre per quanto concerne i crimini contro la sicurezza nazionale, il controllo ed il funzionamento dell'ordinamento costituzionale, la competenza passa ai giudici dell'ordinamento

---

<sup>38</sup> Nello specifico, alla Grande Assemblea Nazionale spetta la designazione di tre giudici, di cui due fra quelli designati dalla Corte dei Conti ed uno tra i candidati indicati dal Presidente dell'Ordine degli Avvocati. I restanti quattordici devono essere nominati dal Presidente della Repubblica, il quale decide direttamente su quattro ed indirettamente su dieci, in base alle designazioni provenienti dalle più alte istituzioni dello Stato, tra cui la Corte di Cassazione.

civile, con la restrizione della competenza della giurisdizione militare al solo tempo di guerra.

La previsione di norme avverse al sistema militare ha rappresentato probabilmente la principale spinta per l'approvazione del referendum costituzionale a supporto del processo di riforma promosso dal partito di governo<sup>39</sup>, avallando in tal modo un processo di democratizzazione ancora troppo ostacolato dalle norme previste dalla Costituzione.

L'attuale fase di forte opposizione politica tra le forze islamiste al potere e quelle kemaliste all'opposizione non renderà semplice la formalizzazione di un nuovo testo costituzionale<sup>40</sup>, ma è anche vero che le riforme che si sono susseguite nell'ultimo decennio hanno sostanzialmente svuotato la struttura della Carta del 1982.

Se si analizza il risultato normativo cui questo referendum costituzionale è pervenuto, viene alla luce come lo stesso segni un passo importante sia dal punto di vista della tutela dei diritti e della libertà fondamentali, che sotto il versante della regolamentazione dei poteri pubblici dell'ordinamento, attraverso il ridimensionamento delle forze militari nella vita politica ed istituzionale del paese. Questa strada permette di proseguire nella via dell'uniformazione dell'ordinamento turco agli standard internazionali in tema di tutela dei diritti e di separazione dei poteri, aprendo il sistema ad un futuro ed possibile costituzionalismo maturo.

### *1.3 La concezione della laicità, il fattore religioso e l'impatto della tradizione nella Turchia moderna*

Come visto, tra i principi cui è informato il costituzionalismo turco, la separazione tra Stato e religione è quello che maggiormente segna la differenza tra questo modello e quelli dell'area cui la Turchia appartiene, facendo della stessa un

---

<sup>39</sup> L'approvazione della riforma costituzionale segna anche una vittoria del partito di ispirazione islamica contro la campagna di opposizione del partito kemalista, che aveva già provocato una dichiarazione di incostituzionalità ad un primo progetto di riforma adottato dal governo il 22 marzo del 2011. Cfr. V. R. SCOTTI, *Turchia. La Corte Costituzionale dichiara l'incostituzionalità di ventidue emendamenti costituzionali*, in *DPCE on line*, n. 2, 2010, su <http://www.dpce.it/online>

<sup>40</sup> Alla ultima tornata elettorale del giugno 2011 il partito di ispirazione islamica non è riuscito ad ottenere la maggioranza qualificata in Parlamento, questione questa che mette più a dura prova la ricerca di una convergenza intorno ad un nuovo testo costituzionale. Cfr. l'articolo <http://www.balcanicaucaso.org/aree/Turchia/Turchia-assemblea-costituente-96968>

importante argomento di studio per valutare il rapporto esistente tra laicità, islam e costituzionalismo nel contesto contemporaneo.

La laicità è stata una delle principali novità introdotte da Atatürk, la quale, seppur ispirata ai principi europei, ha assunto qui dei tratti propri e caratteristici, dovuti ad un *background* culturale diverso rispetto a quello dell'Occidente. Ciò ha tradotto un'impostazione basata sulla stretta separazione tra Stato e religione, realizzata attraverso il controllo "dall'alto" di ogni sfera della vita pubblica, compresa la religione stessa<sup>41</sup>.

Mentre in Occidente il termine riferisce ad una situazione di equidistanza tra lo Stato ed il fenomeno religioso, tanto da garantire un trattamento di eguaglianza nei confronti di tutte le fedi, la concezione turca, o meglio kemalista, è sfociata in soluzioni diverse, sintetizzate nel sistema di "controllo" pubblico del fenomeno. Ciò ha caratterizzato questo modello per l'assenza di quella "equidistanza" tra Stato e religione proprio della *laïcité* alla francese, che ha lasciato spazio alla "sovraordinazione" statale in tutte le sfere in cui il fenomeno religioso si è organizzato.

Questa "interferenza" si spiega con riferimento alla peculiare natura dell'islam il quale, come visto, oltre ad essere un sistema di fede è anzitutto diritto, connotazione che ha permesso alla legge sacra nella storia della sua evoluzione di organizzare i sistemi giuridici che si sono susseguiti. Come conseguenza, il controllo statale è rimasto l'unica scelta possibile per la sua estromissione dalla scena pubblica.

Tale esigenza è sfociata nella previsione a livello costituzionale della Direzione per gli Affari Religiosi o *diyanet*, quale istituzione "controllante" tutto ciò che riguarda il rapporto tra lo Stato e l'islam e quindi l'implementazione del principio di laicità.

Come analizzato nel breve *excursus* storico, l'evoluzione costituzionale della Turchia è stata strettamente legata alla storia degli ultimi due secoli della nazione, quando da stato multi-religioso di impronta ottomana ha avviato la fase di secolarizzazione conclusasi con le riforme kemaliste<sup>42</sup>. Così, l'idea di separare lo Stato dalla religione è stata affermata esplicitamente nelle leggi n. 429, 430 e 431 del 3 marzo del 1924, le quali hanno rispettivamente soppresso le Congregazioni religiose, unificato e statalizzato il sistema educativo, abolito le *medrese* ed abrogato il Califfato. Anche il

---

<sup>41</sup> Cfr. A.T. KÜRÜ, *op. cit.*

<sup>42</sup> Cfr. D. KANDIYOTI, *End of Empire: Islam and Women in Turkey*, in D. KANDIYOTI (ed. by), *Woman, Islam and the State*, Philadelphia, 1991, pagg. 23-47

sistema giudiziario è stato rimodellato in funzione del nuovo ordinamento, attraverso l'istituzione di Corti laiche chiamate ad applicare le norme previste dai nuovi Codici<sup>43</sup>. Questo processo è culminato con l'abrogazione nel 1928 della disposizione costituzionale che riconosceva l'islam quale religione di Stato.

Lo Stato ha assunto, cioè, il ruolo di un "mujtahid secolare"<sup>44</sup>, e la religione, accantonata a credo personale, è diventata oggetto della gestione della Repubblica, al fine di garantire la salute morale della nuova nazione. La netta separazione tra Stato e religione è asservita, invero, alla realizzazione dell'ideologia kemalista, la quale, attraverso l'importazione del principio di laicità, ha tentato di recidere qualsiasi forma di legame con il passato e la tradizione<sup>45</sup>, a dimostrazione della volontà di modernizzare il sistema.

Ciò nonostante, non è mancato il mantenimento di pratiche non ufficiali, aventi come fonte quello stesso sistema giuridico tradizionale abolito<sup>46</sup>. Se il modello turco si è risolto in una separazione sul piano delle opzioni giuridiche, ciò non ha trovato diretta applicazione nelle pratiche sociali, caratterizzando la laicità di questo ordinamento, il quale, seppur nato sulla scia del secolarismo alla francese, ha assunto dei tratti propri e qualificanti.

Prima di proseguire nell'esame giuridico è necessario, così, soffermarsi sui due elementi che hanno maggiormente caratterizzato il sistema statale turco e che agitano ancora la scena socio-politica, oltre che giuridica contemporanea, quali il

---

<sup>43</sup> Nel 1924 lo statuto personale islamico e la materia familiare è accolta nel nuovo Codice Civile il quale, adottato sulla base del modello svizzero, abroga la poligamia ed il ripudio e prevede il riconoscimento del principio di uguaglianza tra l'uomo e la donna. Il Codice Civile turco è l'unico dell'area ad essere completamente separato dalla legge islamica, il che evidenzia la volontà della Repubblica di rompere con la tradizione classica nella materia che più di ogni altra oggi caratterizza la presenza della tradizione islamica negli ordinamenti a maggioranza musulmana, quale lo statuto personale. Cfr. M.G. LOSANO, *op. cit.*, pag. 29

<sup>44</sup> Cfr. I. YILMAZ, *Muslim laws, politics and society in modern nation states. Dynamic legal pluralism in England, Turkey and Pakistan*, Burlington 2005, pag. 101

<sup>45</sup> Cfr. M.B. HOOKER, *Legal pluralism*, Oxford, 1975, pag. 364. Come visto, il costituzionalismo turco nasce e si sviluppa in contrapposizione con l'impero Ottomano, per cui uno degli obiettivi del nuovo costituente è stato quello di creare una comunità nazionale opposta all'ideale di *ummah* islamica. Per cui, le convinzioni religiose non devono condizionare la nuova ideologia nazionalista, poiché contrarie ai principi suggellati nell'articolo 2 della Costituzione.

<sup>46</sup> Nel caso turco, il diritto musulmano classico ha continuato a produrre "effetti" a livello sociale, resistendo al proposito di unificazione e nazionalizzazione kemalista e nella costruzione di un moderno Stato-nazione. Ciò ha creato ancora più ambiguità nel processo di rafforzamento del costituzionalismo laico, il quale ha dovuto confrontarsi con la forza della tradizione islamica e delle regole imposte dalla stessa. Cfr. I. YILMAZ, *Secular law and the emergence of unofficial Turkish Islamic Law*, in *Middle East Journal*, vol. 56, 2002, n.1, pagg. 114-131

#### CAPITOLO IV

nazionalismo e l'islam<sup>47</sup>. Si tratta di due fattori strettamente legati in un sistema in cui la transizione verso un ordinamento laico e secolare non è da considerarsi conclusa. Lo stesso dibattito da sempre esistente tra le forze secolari e quelle religiose rappresenta la sintesi di una questione che non è stata completamente risolta, tanto da caratterizzarne l'identità giuridica e di conseguenza il costituzionalismo accolto.

Fin dalla nascita della nuova Repubblica, nonostante l'imposizione della laicità delle istituzioni, la religione islamica ha continuato a ricoprire un ruolo centrale nel processo di costruzione della nuova identità statale, e questo sicuramente in connessione con il secondo simbolo del kemalismo, quale il nazionalismo. L'essere turco è coinciso con l'essere musulmano, e prova di ciò è stato il trattamento riservato alle minoranze non musulmane, alle quali è stato riconosciuto lo status di cittadini della Turchia, ma non di turchi. Come ricorda Bernard Lewis<sup>48</sup>, lo stesso scambio tra turchi e greci avvenuto tra il 1923 e il 1930 è un sinonimo di quanto l'identità religiosa abbia costituito un bastione dell'identità nazionale turca. Quello avvenuto in quegli anni non è stato un semplice scambio tra soggetti con nazionalità diversa appartenenti a due Stati differenti, Turchia e Grecia, ma uno scambio tra greci/cristiani/ortodossi e turchi/musulmani/ottomani<sup>49</sup>.

È questo un elemento importante per comprendere il costituzionalismo turco. Nonostante l'impostazione secolare, l'elemento della religione sul piano politico e sociale non è mai stato del tutto eliminato, anzi lo stesso non solo ha continuato ad essere presente, ma si è rafforzato con gli anni<sup>50</sup>.

Questo indica come sia necessario rimodellare il comune *understanding* sul rapporto tra secolarismo e religione in Turchia, sottolineando come, nonostante il primo sia un elemento fondante del costituzionalismo turco, lo stesso non può che essere compreso in rapporto con il nazionalismo ed il legame tra questo e l'elemento

---

<sup>47</sup>Cfr. S. ZUBAIDA, *Turkish Islam and National Identity*, in *Middle East Report*, 1996, pag.13

<sup>48</sup> Cfr. B. LEWIS, *The emergence of modern Turkey*, London-Oxford-New York, 1968, pag. 355

<sup>49</sup> Cfr. D. DEMİRÖZÜ, *The Greek-Turkish rapprochement of 1930 and the repercussions of the Ankara Convention in Turkey*, in *Journal of Islamic Studies*, vol. 19, n. 3, 2008, pagg. 309-317

<sup>50</sup> Anche in occasione del colpo di Stato del 1980 si è fatto ricorso all'islam quale forza unificatrice della identità turca, combinando il nazionalismo turco con l'identità musulmana della nazione, superando anche la perenne dialettica tra le forze politiche a favore dell'introduzione dell'etica islamica quale guida dell'attività politica nazionale, e di quelle a sostegno dei principi del secolarismo.

religioso<sup>51</sup>. La religione continua ad identificare il “sentito” della comunità sociale, tanto da indirizzare anche le norme e le riforme che sono adottate. L'islam quale elemento caratterizzante la nazionalità turca diventa, dunque, un elemento determinante per comprendere le specificità di questo sistema giuridico, nella realizzazione della separazione tra Stato e religione<sup>52</sup>.

La modernizzazione giuridica attuata in Turchia, dunque, seppur la migliore dell'area islamica, è rimasta parziale ed incompleta, in quanto alla nuova cultura “giuridica” non è seguita la secolarizzazione sociale. La materia dello statuto personale è un caso esplicito di tale circostanza<sup>53</sup>, in quanto è nell'ambito della stessa che sono perpetuate pratiche “benedette” dalla religione, seppur contrarie all'impostazione secolare dello Stato, ad evidenza del fallimento del processo stesso.

Ciò spiega perché la Turchia contemporanea abbia ancora l'esigenza di definire la propria identità giuridica, non assimilabile al sistema europeo in quanto influenzata dai valori musulmani, e d'altro canto non paragonabile ai sistemi islamici che non accolgono la logica secolare, al fine di poter ritenere concluso il processo di transizione costituzionale qui avviato.

### *1.3.1 Il principio di laicità ed il diyanet. Origine e sviluppi*

La tutela riservata al principio di laicità nell'articolo 2 della Costituzione lo pone al vertice del sistema giuridico nazionale, tantoché qualunque norma che contravviene con il carattere secolare dello Stato è da considerarsi incostituzionale. A maggiore tutela della laicità, la Costituzione turca riconosce la libertà di religione *ex* articolo 24, il cui contenuto prevede la libertà di praticare una fede e di scegliere la religione da professare, e la previsione, *ex* articolo 136, di una Direzione per gli Affari

---

<sup>51</sup> Il trattamento dei non musulmani turchi è un altro esempio della presenza di questa tensione. I pregiudizi nei loro confronti, quali cittadini di secondo livello, sono presenti ancora oggi nonostante il loro *status* giuridico sia regolato dal Trattato di Losanna del 1923.

<sup>52</sup> Cfr. A. ALAM, *Islam and post-modernism: locating the rise of Islamism in Turkey*, in *Journal of Islamic Studies*, n. 3, 2009, pagg. 352-375; H. I. YENIGÜN, *Islamism and nationalism in Turkey: an uneasy relationship*, in [http://www.virginia.edu/politics/grad\\_program/print/wwdop-2006-paper-yenigun.pdf](http://www.virginia.edu/politics/grad_program/print/wwdop-2006-paper-yenigun.pdf)

<sup>53</sup> Cfr. W. MENSKI, *Comparative law in a global context. The legal systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006, pag. 364; I. YILMAZ, *Muslim laws, politics and society in modern nation states: Dynamic Legal Pluralism in England, Turkey and Pakistan*, cit., pag. 104

Religiosi o *Diyanet Isleri Baskanligi*<sup>54</sup>, quale parte dell'apparato amministrativo alla quale conferire la regolamentazione del fenomeno stesso.

Il *diyanet* o PRA (acronimo dell'inglese *Presidency of Religious Affairs*) rappresenta la via invocata dal costituente turco per perseguire nella sostanza la gestione e la organizzazione della religione<sup>55</sup>. La Direzione, quale unità amministrativa laica competente in materia religiosa, assicura il mantenimento della separazione tra la sfera religiosa e quella politica-istituzionale e, al contempo, regola e controlla l'islam, "nazionalizzando" il sistema e quindi "laicizzandolo".

Il principio di laicità turco non rimanda, *ergo*, ad una separazione che si traduce in indifferenza, ma ad una separazione che diventa regolamentazione, tale da *non* lasciare libera la religione nell'adozione di autonome decisioni nell'ambito pubblico.

Il *diyanet* è stato istituito con la legge n. 429 del 1924, il cui primo articolo stabilisce "il Parlamento ed il Gabinetto Esecutivo sono responsabili per la legislazione e l'esecuzione delle norme concernenti gli affari della società: il *diyanet* costituisce parte della Repubblica per quanto riguarda l'implementazione delle previsioni che concernono la materia religiosa islamica e l'amministrazione delle istituzioni religiose". Con questa norma, dunque, la nuova Repubblica ha abolito ufficialmente il sistema sharaitico, trasferendo all'Assemblea tutte le materie di competenza legislativa, con eccezione delle questioni riguardanti l'esercizio del credo e dell'amministrazione dello stesso, conferite ad un'istituzione pubblica *ad hoc*. A questa disposizione normativa è seguita il richiamo costituzionale nell'articolo 136 della Carta del 1961. Il *diyanet*, infatti, rappresenta una novità sia per il costituzionalismo occidentale che per quello islamico se inteso quale "servizio" reso dallo Stato nell'amministrazione della fede, nel rispetto dei principi stabiliti in Costituzione. Quest'ultima, tra l'altro, gli attribuisce il compito di promuovere e consolidare la solidarietà e l'unità nazionale, asservendo alla causa nazionale ed ai principi del costituzionalismo stesso.

<sup>54</sup> Per tutto ciò che riguarda il *diyanet*, cfr. il sito web <http://diyanet.gov.tr/english.default.asp>

<sup>55</sup> Tra i servizi pubblici erogati dalla Direzione per gli Affari Religiosi rientrano l'organizzazione della preghiera, fino alla definizione dei sermoni del venerdì, l'organizzazione di attività esterne alla moschea, come conferenze o servizi funebri, la definizione del calendario dei fedeli, dei compiti dei funzionari ed impiegati che lavorano nello stesso ecc. Il servizio religioso diventa un "servizio pubblico" garantito dallo Stato nell'ottica del sistema laico che la Turchia abbraccia. Cfr. I. ER, *Religious services of the PRA*, in *The Muslim World*, vol. 98, n.2-3, 2008, pagg. 271-290

Per questi motivi, lo stesso è stato il promotore di politiche laiche dell'organizzazione pubblica, come l'educazione nelle scuole o la questione femminile, soprattutto in tema di abbigliamento e di violenza domestica, gestendo anche quel connubio tra nazionalismo e islamismo nell'arena sociale e politica di cui al paragrafo precedente.

Ciò nonostante, il *diyanet* non rappresenta un'istituzione del tutto nuova nella storia repubblicana turca, giacché può essere considerato la continuazione rimodellata dell'Ufficio del *Seyhülislām* ottomano<sup>56</sup>. Si tratta di due istituzioni differenti sia nelle funzioni che nei loro rispettivi mandati, ma entrambe finalizzate all'organizzazione della religione nella sfera pubblica. Il sistema ottomano aveva previsto la figura del *Seyhülislām* quale autorità operante per conto del sultano e posto al vertice del sistema delle autorità religiose<sup>57</sup>, con la competenza di emettere *fatwa* per risolvere questioni attinenti il credo e la fede. Ma in questa fase, come visto, non esisteva una separazione tra Stato e religione, seppur in pratica le due sfere avessero specifiche aree di competenza e di funzioni. Quando si avvia la transizione costituzionale<sup>58</sup> e la separazione tra Stato e religione diventa la via per la modernizzazione dello Stato, si modifica il ruolo del *Seyhülislām*. Dal Ministero per gli Affari Religiosi e le Fondazioni pie del 1920 si passa alla istituzione della Direzione per gli Affari Religiosi, la quale conclude il processo di nazionalizzazione della religione, formalmente posta sotto il controllo del potere pubblico<sup>59</sup>. Con la legge numero 5634 del 1950, il processo di separazione arriva al culmine ed il campo di azione del *diyanet* è limitato alla sola organizzazione del credo, quale forma di esplicitazione di

<sup>56</sup> Cfr. A. T. KÜRÜ, *op.cit.*, pagg. 202-203. Sulla figura del *Seyhülislām* vedi anche G. ERDEM, *Religious services in Turkey: from the office of Seyhülislām to the Diyanet*, in *The Muslim World*, vol. 98, n.2-3, 2008, pagg. 199-215.

<sup>57</sup> Il titolo di *Seyhülislām* deriva da *Shaykh al-Islam*, la più importante delle posizioni riconosciute tra gli *ulema* e leader di tutti i *mufti* e *qadi*.

<sup>58</sup> Le istituzioni della nuova Repubblica turca rappresentano sia un'estensione di quelle ottomane, che avevano avviato un processo di laicizzazione sia un rifiuto radicale di quelle che mantenevano una investitura religiosa. Il *diyanet* ponendosi a metà strada esprime la sintesi tra la continuità ed il cambiamento, che si realizza con la formazione del nuovo Stato. Cfr. S. ERSAHIM, *The ottoman Foundation of the Turkish Republic's Diyanet: Ziya Gokalp's Diyanet Ishari Nazarati*, in *The Muslim World*, vol. 98, n.2-3, 2008, pagg. 182-198

<sup>59</sup> Il *diyanet* diventa il surrogato dell'ordinamento religioso posto sotto l'autorità dello Stato, quale veicolo per la diffusione della nuova ideologia statale, nazionalista, democratica e laica. Il Direttore del *diyanet* è nominato dal Presidente della Repubblica su proposta del Primo Ministro, così come i *mufti* e le altre autorità religiose, quali *imam* e personale delle moschee, i quali sono così equiparati ai funzionari dello Stato (così è disposto dalla legge n. 1452 del 1929 in materia salariale dei dipendenti pubblici). Cfr. M. GORMEZ, *The status of the presidency of religious affairs in the Turkish Constitution and its execution*, in *The Muslim World*, vol. 98, n.2-3, 2008, pagg. 242-249

carattere pubblico, escludendo la questione morale che è relegata alla sola sfera privata.

La Corte Costituzionale turca ha confermato nel giudizio del 21 ottobre 1971<sup>60</sup> la conformità della previsione costituzionale del *diyanet* con il principio di laicità.

A parere del giudice delle leggi turco, la laicità non traduce la completa indifferenza dello Stato nei confronti della religione. A tal fine, il *diyanet*, quale organo dello Stato e non come soggetto religioso, svolge un'importante funzione di garanzia del principio di laicità, che non è una forma di divieto dell'esercizio della fede quanto il riconoscimento della stessa come parte della sola sfera della coscienza privata. Per tali motivi, la sua competenza è inserita nell'apparato amministrativo pubblico dello Stato, affinché gli interessi pubblici possano essere perseguiti alla luce della storia religiosa da cui la Turchia proviene. La Corte Costituzionale basa il suo ragionamento su fatti giuridici rilevanti, tra i quali la convinzione che la religione non deve dominare od influenzare i poteri pubblici e che la libertà di religione e di credo deve essere garantita a tutti gli individui, per cui spetta allo Stato stabilire le modalità attraverso cui supervisionare il rispetto dei diritti religiosi, quale guardiano dell'ordine pubblico e dei diritti di tutti.

Attraverso un giudizio che si fonda, pertanto, sulla tutela costituzionale della libertà religiosa e sul dovere statale di garantire il rispetto della stessa unitamente all'ordine pubblico, la Corte individua la fonte costituzionale per la giustificazione del *diyanet* e la natura da riconoscere allo stesso. Esso rappresenta, così, la soluzione turca all'attuazione del principio di laicità, nella ricerca di un bilanciamento tra la libertà individuale e di religione e la laicità stessa<sup>61</sup>.

La risposta turca configura, tra l'altro, un paradigma per il mondo musulmano, a dimostrazione di come la separazione tra Stato e religione non sia necessariamente ostile con il costituzionalismo qui accolto.

Tuttavia, questa previsione non è esente da critiche. La principale riguarda il rapporto tra *diyanet* e minoranze non musulmane, per le quali non esiste in Turchia

<sup>60</sup> Sentenza n. 1971/76 del 21 ottobre 1971, in *Official Gazette* del 15 giugno 1972

<sup>61</sup> Ciò è ravvisabile anche nella competenza riconosciuta al *diyanet* di emettere *fatwa*, le quali come opinioni autorevoli si staccano dalla tradizione islamica vincolante. Le stesse, pur offrendo soluzioni sulle questioni religiose, non riferiscono ai alle fonti dell'Islam, operando quindi nel contesto della laicità turca. Cfr. S. ÖCAL, *From the fetwa to religious questions: main characteristics of fetwa of the diyanet*, in *The Muslim World*, vol. 98, n.2-3, 2008, pagg. 324-335

un'autorità analoga di natura pubblica. Per cui le disposizioni valevoli per la maggioranza di fede islamica non trovano applicazione anche per i non musulmani di cittadinanza turca, svuotando di significato il principio di uguaglianza così come la laicità stessa tutelata in Costituzione, la quale presuppone un equo trattamento nei confronti di tutte le fedi professate sul territorio nazionale.

#### *1.4 La Corte Costituzionale turca. La Anayasa Mahkemesi*

La Repubblica turca è un sistema costituzionale relativamente giovane ed il costituzionalismo democratico qui avviato è da considerarsi come il prodotto di influenze provenienti da diverse culture giuridiche, soprattutto europee, per mezzo delle quali è stato introdotto un modello lontano alla cultura di provenienza. Il nuovo sistema giuridico si è imposto di proteggere i pilastri lungo i quali il nuovo ordinamento si è costituito, ed alla tutela di questi principi è stata diretta *in primis* la previsione della Corte Costituzionale o *Anayasa Mahkemesi*<sup>62</sup>, istituita nel 1962, la cui competenza è stata orientata alla preservazione dei valori della nascente democrazia laica e dell'insieme dei diritti previsti e tutelati nella Costituzione del 1961.

Il precedente modello costituzionale varato con la Costituzione del 1924, come visto, concentrava il potere politico nelle mani dell'Assemblea legislativa e non prevedeva un controllo di costituzionalità delle leggi. La concentrazione del potere, tra l'altro, non garantiva alcuna indipendenza al giudiziario, con la conseguente assenza di una effettiva tutela dei diritti individuali.

Con l'entrata in vigore della Costituzione del 1961, così, sono introdotti alcuni istituti di democrazia e di tutela giuridica, inclusa la Corte Costituzionale, ed un dettagliato *bill of rights* alla cui tutela è indirizzato l'operato della Corte<sup>63</sup>. La previsione del controllo di costituzionalità delle leggi è andata di pari passo con il processo di transizione costituzionale avviato dalla Turchia, riconoscendo così anche il principio dell'indipendenza del giudiziario.

Le competenze della Corte sono attualmente disciplinate negli articoli 146-153 della Carta, tra le quali rientrano le disposizioni che mirano a tutelare i principi del

---

<sup>62</sup> Sull'attività della Corte vedi il sito istituzionale <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?lang=1&c=1>

<sup>63</sup> Cfr. E. ÖRÜCÜ, *The Constitutional Court of Turkey: The Anayasa Mahkemesi as the Protector of the system*, in *The Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008, pagg. 254-268

nazionalismo, dell'unità politica e territoriale della nazione, il principio di laicità ed i diritti fondamentali. Il costituente, ispirato dai modelli italiano e tedesco, ha previsto un controllo costituzionale delle leggi in forma accentrata, definendo il contenuto nella competenza a valutare la costituzionalità delle leggi, dei decreti aventi forza di legge e negli atti del Parlamento, seppur limitato nei casi di vigenza dello stato di emergenza, di leggi marziali o di stato di guerra, *ex* articolo 148 comma 1 della Costituzione.

Come visto in precedenza, le norme sulla composizione ed il funzionamento della Corte sono state modificate in occasione dell'approvazione del referendum costituzionale del 12 settembre del 2010, il quale ha emendato le norme relative alla sua formazione, incrementando le competenze in tema di controllo della legittimità costituzionale ed eliminando le eccezioni previste nei confronti dei soggetti e degli atti adottati dagli appartenenti agli organi militari.

Importantissima novità della riforma ha riguardato la materia dell'accesso alla Corte e la previsione del ricorso in via diretta da parte del singolo che si ritenga leso in un diritto od in una libertà fondamentale. Così è stato superato il limite imposto dalla previgente disposizione che non riconosceva ai cittadini il diritto di adire direttamente l'organo di giustizia costituzionale<sup>64</sup>. Il ricorso diretto si aggiunge alle due azioni già precedentemente disciplinate, quali l'azione per annullamento<sup>65</sup> e l'azione di incostituzionalità<sup>66</sup>.

Le riforme costituzionali hanno toccato anche la delicata materia del rapporto tra la giurisprudenza della Corte nazionale e quella delle Corti estere. La Costituzione attualmente in vigore ha riconosciuto la *Anayasa Mahkemesi* come il principale soggetto posto a tutela dei diritti previsti nella CEDU alla quale la Turchia ha preso parte in virtù del richiamo alla supremazia dei trattati internazionali di cui all'articolo 90, secondo il quale, a seguito della riforma del 2004, in caso di conflitto tra le

---

<sup>64</sup> Cfr. O. DÖGRÜ, *Immunity under the Rule of Law: impediment to the right of Access to the Courts in Turkey*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, 1995, pagg. 73-96

<sup>65</sup> L'azione di annullamento può essere promossa dal Presidente della Repubblica, dai gruppi parlamentari o da un minimo, pari ad un quinto, dei componenti della Grande Assemblea Nazionale turca, entro sei giorni dalla promulgazione della nuova legge nella Gazzetta ufficiale (articolo 150).

<sup>66</sup> L'azione di incostituzionalità si presenta quale il classico giudizio in via indiretta al quale ricorrono, attraverso il ricorso incidentale, i giudici di qualsiasi ordine e grado che nel corso di un giudizio pendente ritengano esistente una violazione della Costituzione. Questa forma di azione non è soggetta a limiti di tempo, *ex* articolo 151, e richiede sempre che ad attivarsi sia un giudice *a quo*, che in caso di dubbio sulla costituzionalità di una norma, sospende il giudizio in corso e rimette la decisione alla Corte Costituzionale.

norme internazionali e quelle interne in materia di tutela dei diritti umani, sono le prime a prevalere sulle seconde.

In questa materia, in realtà, soprattutto fino all'epoca precedente all'entrata in vigore della riforma costituzionale, numerosi sono stati i dibattiti riguardanti lo *status* giuridico da riconoscere alla Convenzione Europea nella gerarchia delle fonti interne, alla luce dei trattati cui l'ordinamento prendeva parte per garantire il processo di adesione all'Unione. L'opinione dominante della dottrina e della stessa giurisprudenza della Corte era rimasta ancorata alla sovranità nazionale turca, per cui i giudizi emessi riportavano la disamina della questione sottoposta all'attenzione dell'organo alla sola legittimità costituzionale, senza essere rivisti sulla base delle norme contenute nella Convenzione<sup>67</sup>.

È indubbio che i negoziati per l'annessione all'Unione Europea abbiano influito e determinato un cambiamento di rotta nell'azione della giurisprudenza nazionale, la quale da una posizione nettamente conservatrice si è aperta all'accoglimento delle giurisprudenze e delle normative straniere. La modifica costituzionale del 2004 ha rafforzato questa posizione, avallando costituzionalmente la supremazia dei vincoli internazionali, determinando un nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale ed un'apertura della stessa al dialogo con le Corti estere.

Alla Corte Costituzionale spetta, dunque, la funzione di "garante" dell'ordinamento, secondo il disposto dell'articolo 174 della Carta. A ciò richiama anche il citato articolo 4, che suggella l'inemendabilità dei principi fondamentali dell'ordinamento, di cui ai primi tre articoli della Costituzione, ereditate dal nazionalismo di Atatürk, ed alla cui salvaguardia è diretta l'azione della Corte.

Ciò nonostante, tale funzione di garanzia è stata più volte limitata in applicazione di alcuni principi previsti dalla stessa Costituzione. Tra questi *in primis* il già citato primo comma dell'articolo 148, il quale prescrive che il controllo di costituzionalità non è ammesso contro atti legislativi o decreti che siano stati emanati durante lo stato di emergenza, sotto la legge marziale od in stato di guerra.

---

<sup>67</sup> La Costituzione turca prevede un'ampia sezione destinata alla tutela dei diritti (articoli 19-74) che costituisce la base del controllo di costituzionalità della Corte, ai quali si aggiungono i diritti tutelati dalla CEDU, in forza della norma costituzionale che vincola la Turchia al trattato. Ma spesso l'attività giurisdizionale si è basata sulle sole norme della Costituzione e non della Convenzione. La lettura di molti dispositivi evidenzia come la posizione tradizionalista sia prevalsa, sulla necessità della tutela giurisdizionale da garantire ai diritti stessi. Cfr. E. ÖRÜCÜ, *op. cit.* pagg. 263-264

#### CAPITOLO IV

La Costituzione agli articoli 121 e 122 disciplina lo stato di emergenza, stabilendo che lo stesso può essere dichiarato dal Consiglio dei Ministri, sotto la supervisione del Presidente della Repubblica, per un periodo non superiore ai sei mesi, e la decisione deve essere tempestivamente demandata all'Assemblea per la sua approvazione. Durante lo stato di emergenza, il Consiglio dei Ministri può emanare decreti aventi forza di legge, *ex* articolo 91, al fine di rispondere a situazioni eccezionali ed emergenti, i quali devono essere pubblicati nella Gazzetta Ufficiale e sottoposti all'approvazione della Grande Assemblea Nazionale Turca, nello *stesso giorno*, per la loro conversione.

A differenza del modello classico che riconosce alla Corte Costituzionale il potere di procedere attraverso un sindacato preventivo, controllando la costituzionalità della norma prima della sua entrata in vigore, la dichiarazione dello stato di emergenza trasforma il controllo di costituzionalità in un sindacato successivo, per cui gli atti possono divenire oggetto del controllo di legittimità costituzionale solo *ex post* l'entrata in vigore, in assenza di alcun controllo nella fase dibattimentale. In tal modo, la Costituzione ammette che alcuni decreti, sfuggendo al controllo preventivo, entrino in vigore anche se incostituzionali, potendo diventare oggetto di un futuro controllo di costituzionalità solo in caso di impugnazione della norma, dopo la sua entrata in vigore.

La materia è direttamente connessa con la sospensione dell'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali di cui all'articolo 15 della Costituzione, in quanto lo stato di emergenza, quale situazione di straordinarietà, avalla la limitazione o la sospensione di alcune libertà fondamentali. Discorso analogo vale in caso di vigenza della legge marziale o dello stato di guerra.

La questione assume ancora più rilevanza se si considera la prassi di questo ordinamento che ha ripetutamente fatto ricorso alle dichiarazioni di stati di emergenza, soprattutto a livello locale, per finalità anti-terroristica, le quali dal punto di vista della tutela giurisdizionale hanno fortemente limitato il controllo sul regime delle libertà e dei diritti dei cittadini tutelati nella Costituzione.

Si tratta di situazioni che stravolgono il principio del *rule of law* e quindi anche del controllo di legittimità costituzionale. Nell'attuazione della disposizione costituzionale, invero, le competenze della Corte risultano limitate, data la presenza

di impedimenti giuridici che *de facto* rendono le autorità esecutive immuni da responsabilità penali, amministrative e finanziarie, causando un trattamento arbitrario nei confronti dei singoli e della comunità.

Ciò rappresenta una deviazione del regime costituzionale così come delle competenze riconosciute alla Corte, che distorce il significato del costituzionalismo accolto, sia in termini di separazione dei poteri che di tutela dei diritti.

### *1.5 Le principali questioni sottoposte al controllo di costituzionalità e la tutela dei diritti in Turchia*

Di là delle previsioni formali sul funzionamento e delle “storture” previste dal sistema, la Corte è stato indubbiamente il soggetto principale preposto alla garanzia dell'ordine costituzionale.

Tra le principali questioni che sono state sottoposte alla sua attenzione rientrano le materie direttamente connesse con lo spirito del costituzionalismo turco e con i principi su cui lo stesso si fonda. Tra questi, si è scelto di soffermarsi sulle questioni attinenti la tutela dell'ordine democratico e laico dello Stato, attraverso la trattazione degli interventi attraverso cui la Corte ha proceduto con sentenze di scioglimento di partiti politici considerati anti-sistema, o con decisioni finalizzate a tutelare il principio di eguaglianza fra i sessi, della libertà religiosa e della laicità dello Stato. Si tratta di materie importanti nel novero della tutela che l'organo costituzionale ha riconosciuto ai principi fondamentali del modello turco, il cui esame permette di prendere coscienza dell'orientamento giurisprudenziale avanzato e valutarne anche gli eventuali sviluppi in vista dell'adesione della Turchia all'Unione Europea.

Con riferimento alla prima questione, l'ordine costituzionale riconosce alla Corte la competenza di garantire l'unità del territorio nazionale, attraverso il controllo dell'attività posta in essere dai partiti politici, la quale non deve essere contraria a quanto disciplinato dall'articolo 69 comma 5 della Costituzione. Tale disposizione stabilisce quando l'attività di un partito sia da considerare anti-sistema, tanto da avallare una sentenza giurisdizionale di scioglimento. Ciò può avvenire se l'organo giudicante ritiene che l'attività partitica sia contraria all'articolo 68 comma 4 della Carta, quando cioè lo statuto contiene un programma che si oppone o limita i principi

su cui il costituzionalismo si fonda, quali l'indivisibilità dello Stato o l'integrità territoriale, i diritti umani, il principio di uguaglianza, la sovranità della nazione, il principio di laicità e di democrazia. Queste attività devono essere condotte con evidenza ed in determinati casi, tanto da divenirne l'attività principale dello stesso partito.

In applicazione di tale disposto costituzionale, la Corte ha emesso diverse pronunce, sia di scioglimento che di mantenimento dei partiti, sulla base della valutazione dell'attività da questi effettuata. Nell'ambito della materia, è possibile ravvisare un'evoluzione giurisprudenziale del giudice delle leggi, il quale negli ultimi interventi ha assunto un atteggiamento più "aperto" rispetto ai principi della democrazia e del pluralismo delle forme di espressione partitica.

Tra i principali partiti che sono stati dichiarati incostituzionali per contrarietà con il principio di indivisibilità della Repubblica, rientrano quei movimenti rivendicanti una sub-nazionalità e l'autodeterminazione dei popoli, considerati fonte di una pretesa di smembramento del territorio turco. Tra questi, i partiti portavoce delle istanze delle minoranze religiose e linguistiche presenti sul territorio, come nel caso dei partiti di ispirazione curda, la cui attività è stata ritenuta dalla Corte incostituzionale in quanto contraria al principio di indivisibilità e di integrità dello Stato. Così, già nel 1996<sup>68</sup> la Corte dichiara lo scioglimento di alcuni partiti per contrarietà con gli articoli 2 e 3 della Costituzione, e lo stesso è nel 2001, quando la questione ritorna alla sua attenzione<sup>69</sup>.

Secondo la Corte, qualora un partito politico sia avverso alla unità ed alla indivisibilità dello Stato, protetto in Costituzione all'articolo 3, e contrario all'articolo 78 lett. a-b della disciplina sui partiti politici<sup>70</sup> allora è legittimo

<sup>68</sup> Cfr. La sentenza n. E 1/1996 del 19 marzo 1996, in *Officiale Gazette* n. 23149 del 23 ottobre 1997. La Corte dichiara lo scioglimento del Partito della Democrazia per contrarietà con le norme costituzionali, ritenendo l'attività istituzionale dello stesso incostituzionale giacché volto alla destabilizzazione territoriale ed alla creazione di minoranze su base etnica.

<sup>69</sup> Cfr. la sentenza n. E. 1197/2- K.1999/1 del 22 novembre 2001, in *Officiale Gazette* n. 24591 del 22 novembre 2001

<sup>70</sup> La materia è regolata nella legge n. 2820/1983, in *Official Gazette*, n. 18027 del 24 aprile 1983, modificata nel 1986, secondo la quale i partiti non possono incitare i terzi a "mettere in pericolo l'esistenza dello Stato e della Repubblica turca, ad abolire i diritti e le libertà fondamentali, ad introdurre una discriminazione fondata sulla lingua, la razza, il colore della pelle, le religioni o l'appartenenza ad una corrente religiosa o ad instaurare, con qualunque mezzo, un sistema statale fondato su tali nozioni o concezioni" (articolo 78), per cui "gli statuti, i programmi e le attività dei partiti politici non possono contravvenire alla Costituzione ed alla presente legge" (articolo 90, comma 1).

chiederne il suo scioglimento. Nel caso di specie, la Corte precisa come lo statuto del Partito democratico del popolo (*Demokratik Halk Partisi*) identifichi l'esistenza di una "nazione curda" in opposizione alla "nazione turca", carattere che mina l'unità territoriale dello Stato, in quanto promuove culture e lingue che non sono proprie della nazionalità turca, avallando una minoranza basata su differenze razziali e culturali, proibite dall'articolo 81 lett. a) e b) della disciplina sui partiti politici. Secondo quanto stabilito dalla Costituzione e dalla legislazione vigente, il termine "turco" include tutti i cittadini che hanno cittadinanza turca, senza considerazione circa le origini etniche. Il partito in questione, invece, rifiuta i canoni dello Stato, costituendosi quale movimento che richiama la discriminazione razziale, di origine regionale, contraria al principio di integrità territoriale dello Stato. Così, per incompatibilità con la legislazione vigente nonché con la Costituzione, il Partito del Popolo Democratico è dichiarato incostituzionale e come tale disciolto.

La Corte si occupa ancora della questione dei partiti, ma con riferimento alla incompatibilità con il principio di laicità tutelato in Costituzione<sup>71</sup>. Tra tutti spicca il noto *Affaire del Refah Partisi*, dichiarato incostituzionale e disciolto il 16 gennaio 1998<sup>72</sup>. In tale circostanza, la Corte decide sulla dissoluzione del maggiore partito di ispirazione islamista nonché forza di governo del paese, dichiarato incostituzionale perché contrario al principio di separazione tra Stato e religione cui la Repubblica richiama. Già in occasione dello scioglimento nel 1971 del *Milli Nizam Partisi* (MNP), il Partito dell'Ordine Nazionale, la Corte aveva ribadito la stretta correlazione tra la laicità ed il nazionalismo quali principi fondanti la Repubblica turca, per cui la contrarietà a questi principi comportava una dichiarazione di incostituzionalità<sup>73</sup>. La laicità è nelle parole della Corte la "forza motrice nel passaggio dalla *ummah* alla nazione, per cui i turchi sono diventati cittadini di una nazione basata sul principio di separazione tra lo Stato e la religione"<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Cfr. la sentenza del 30 luglio 2008 n. E.2008/1- K.2008/2 in *Official Gazette* n. 27034 del 24 ottobre 2008

<sup>72</sup> Cfr. M. PARISI, *Il caso Refah Partisi: il principio di laicità alla prova della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in O. BUCCI (a cura di), *L'Islam tra dimensione giuridica e realtà sociale. «Il Libro, la Bilancia e il Ferro»*, Napoli, 2006

<sup>73</sup> Sentenza del 20 maggio 1971.

<sup>74</sup> Cfr. V.E. ÖKTEM, *La Cour Constitutionnelle turque définit le nationalisme, principes de la République*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)*, Paris, 1999, pagg. 1159- 1200

Considerazioni analoghe spingono allo scioglimento del partito *Refah*, la cui attività è considerata contraria a Costituzione a causa dell'azione condotta contro il divieto di indossare il velo negli edifici pubblici nonché dell'obiettivo di reintrodurre il sistema degli statuti personali vigenti prima dell'impero Ottomano. Nonostante i riferimenti internazionalistici, la Corte tratta il caso come un affare unicamente turco da leggere nell'ottica della Costituzione e dell'articolo 2 della stessa<sup>75</sup>. Nella motivazione della Corte si legge come alcuni interventi del leader del Partito del Benessere, Erbakan, siano stati tali da incitare al ritorno all'islam ed alla lotta religiosa, utilizzando strumenti della democrazia per lottare contro la stessa, ponendosi in tal modo contro la laicità dello Stato protetto dalla Costituzione, motivo per cui la Corte ne ordina la dissoluzione<sup>76</sup>.

La sentenza della Corte Costituzionale è confermata anche dalla Corte Europea di Strasburgo<sup>77</sup>, secondo la quale lo scioglimento del partito *Refah* è legittimo e conforme ai principi stabiliti dalla CEDU, in quanto misura necessaria per il perseguimento da parte delle autorità turche degli obiettivi indicati nell'articolo 11 della Convenzione Europea, quali la tutela della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico e della protezione delle libertà dei terzi. La Grande Camera di Strasburgo sostiene come in virtù della particolarità dell'ordinamento turco, il quale ha già

---

<sup>75</sup> Il *Refah* si difende invocando gli articoli 10 ed 11 della CEDU, che prevedono rispettivamente il principio della libertà di espressione e d'associazione. La Corte Costituzionale turca però ricorda che è la stessa CEDU a riconoscere come la legge nazionale possa regolare l'esercizio di queste libertà per la protezione dell'ordine pubblico, dei diritti e delle libertà altrui. La Convenzione stabilisce all'articolo 17, invero, che “nessuna norma della stessa Convenzione può essere interpretata nel senso di consentire ad un individuo od ad un gruppo ... la possibilità di dedicarsi ad una attività che sia diretta alla violazione dei diritti e delle libertà tutelate dalla stessa”.

<sup>76</sup> Su questa questione la Corte tornerà nel 2001 con lo scioglimento di un altro partito islamico, il *Fazilet Partisi*, il Partito della Virtù.

<sup>77</sup> La Corte Europea richiama il progetto di sistema multi-religioso a cui il Presidente del Partito Erbakan mirava, sostenuto in alcuni suoi interventi, al fine di reintrodurre un sistema multi-giuridico e suddividere la società a seconda dell'appartenenza religiosa, rievocando il sistema dei *millet* Ottomano, contrario al principio di laicità e di unità territoriale e legislativa dello Stato turco. Ciò è ravvisabile nella questione del velo islamico, atto che secondo la Corte evidenzia il fine incostituzionale del partito, da individuare nella pretesa di fondare un sistema politico basato sulla *shari'a* (pag. 73 Sentenza *Refah Partisi vs Turkey*). La Corte Europea afferma così l'incompatibilità tra la Convenzione ed un sistema giuridico fondato sulle regole religiose, come quelle basate sulla *shari'a*, in quanto ciò ammette un trattamento differenziato nei confronti dei cittadini dello Stato. La difesa dello Stato laico turco diventa una *conditio sine qua non* per l'applicazione della Convenzione stessa, in quanto “è difficile allo stesso tempo essere rispettosi della democrazia e dei diritti dell'uomo e sostenere un regime basato sulla *shari'a*”. Cfr. M. G. BELGIORNO DE STEFANO, *La libertà religiosa nelle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1989, pagg. 285 e ss., V. G. P. FONTANA, *La tutela costituzionale della società democratica tra pluralismo, principio di laicità e garanzia dei diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 2002, pagg. 379 e ss.

sperimentato un “sistema teocratico sotto le leggi islamiche”<sup>78</sup> durante l'impero ottomano, è necessario uno sforzo finalizzato alla tutela della laicità dello Stato, una laicità che diventa “militante” in quanto funge da clausola esplicita per la protezione dell'ordine costituzionale e da parametro per la costituzionalità dei partiti<sup>79</sup>.

La questione ritorna all'attenzione della Corte Costituzionale nella sentenza del 30 luglio 2008<sup>80</sup>, nella cui occasione è prospettata una soluzione differente. Il caso ha per oggetto l'attività del Partito della Giustizia e dello Sviluppo (*Adalet ve Kalkınma Partisi* o AKP) per il quale, come per il caso *Refah*, ancora il Procuratore Generale chiede lo scioglimento per l'attività posta in essere, che si ritiene finalizzata al ripristino del velo nelle istituzioni pubbliche e nelle università, e come tale contraria al principio di laicità ed alla disciplina sui partiti. Secondo la Corte, la questione religiosa è un'importante questione sociale e lo stesso tema del velo nelle università è fortemente sentito quale un simbolo culturale e la politica del paese non deve utilizzare la stessa per fomentare delle divisioni. Nel riferire, però, all'attività svolta dal partito, la Corte ricorda come si tratti di un movimento operante sul territorio turco dal 2002, cioè da sei anni dalla data di proposizione della questione di costituzionalità sottoposta alla sua attenzione, durante i quali non è mai stata dimostrata opposizione all'impianto costituzionale. Dall'analisi dello Statuto del partito rileva, altresì, che nel suo programma non vi sia nulla che possa essere considerato contrario al principio di laicità.

Nelle parole della Corte, un partito politico deve rispondere per le sue attività e per le posizioni assunte, e la presenza di dichiarazioni date dai leader sul divieto di indossare il velo nelle università, fanno di questa specifica attività un'azione contraria al principio di laicità cui è informato il sistema giuridico turco. Il partito politico ha delle responsabilità e l'intensità di azioni non ammissibili possono determinare l'applicazione di sanzioni, quali la perdita di contributi statali, ma la sentenza di scioglimento deve riguardare solo casi di violazione espressa. E non è questo il caso del partito AKP, il cui statuto non è contrario all'ordine democratico ed ai principi protetti in Costituzione, come il principio di laicità, motivo per cui la

---

<sup>78</sup> Cfr. Sentenza *Refah Partisi vs Turkey* del 13 febbraio 2003, pag. 125.

<sup>79</sup> Cfr. S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2008, pagg. 174 e ss.

<sup>80</sup> Sentenza n. E.2008/1- K.2008/2, in *Official Gazette* n. 27034 del 24 ottobre 2008

Corte rigetta la richiesta di dissoluzione, riconoscendo l'azione del partito che è poi diventato il principale partito politico oggi esistente. Nonostante ciò, sono comminate importanti sanzioni per lo stesso per l'attività anti-laica promossa in materia di abbigliamento delle studentesse nelle istituzioni pubbliche<sup>81</sup>.

Oltre all'esame dell'attività dei partiti politici, il principio di laicità è al centro di altre questioni trattate dalla Corte, e che sono qui analizzate con riferimento alla materia della libertà di educazione e di religione, nel cui quadro è ancora possibile considerare l'azione di difesa del giudice costituzionale dei principi stabiliti nella Carta.

Con l'approvazione della norma n. 4307 del 1997 sulla educazione primaria, il legislatore turco estende l'educazione obbligatoria delle scuole di base da cinque a otto anni. Il Partito *Refah*, allora partito maggiore dell'opposizione e parte ricorrente, invoca una serie di decisioni internazionali ed europee in cui si richiama il rispetto della democrazia e dei diritti fondamentali, sostenendo la contrarietà della disposizione alla Costituzione nonché agli articoli 9 e 10 della CEDU ed all'articolo 2 del primo protocollo, in quanto finalizzata a limitare l'educazione di natura religiosa. Nonostante ciò, la Corte rimane nell'ambito della sola legittimità costituzionale turca, stabilendo come la CEDU rappresenti uno strumento sussidiario al quale ricorrere in caso di mancata previsione nell'ordinamento nazionale. Nella fattispecie, l'articolo 9 della Convenzione europea in materia di libertà di religione e coscienza trova tutela nell'articolo 24 della Costituzione, per cui la giurisprudenza nazionale è da considerarsi già sufficiente per garantire la tutela giuridica ammessa per i singoli, secondo un'impostazione che ricalca una lettura conservatrice della

---

<sup>81</sup> Questa sentenza denota un atteggiamento di apertura della Corte alle necessità di modernizzazione del sistema di garanzia dei diritti proveniente dalla Comunità internazionale. Non si tratta dell'unico caso in cui la Corte non accoglie l'istanza di scioglimento di un partito. Sempre con riferimento alle questioni della minoranza curda, la Corte rigetta lo scioglimento del partito in forza del riconoscimento "*dell'attività dei partiti politici quale attività vitale per la vita democratica dello Stato*" (Sentenza del 29 gennaio 2008 n. E.2002/1-K. 2008/1 pubblicata nella *Ufficiale Gazette* n. 2923 del 01 luglio 2008). Questo rende gli stessi liberi di determinare nei loro programmi la linea politica da seguire e di suggerire differenti soluzioni al fine di risolvere i problemi sociali ed economici della nazione. Il fatto che un partito politico riferisca ai problemi della minoranza curda, ed evochi una maggiore autonomia per i governi locali sulla base del principio del pluralismo e di partecipazione, non rende incostituzionale la sua attività. Nel caso di specie, l'articolo 3 dello statuto presenta tra i suoi obiettivi quello di ristrutturare l'amministrazione turca, così come l'unità politica, sociale ed economica secondo un modello decentralizzato, ma non viola il principio di unità dello Stato. La Corte rigetta la questione di costituzionalità, conformandosi ai principi che tutelano il pluralismo politico sanciti sia sul piano europeo che internazionale.

giurisprudenza nazionale<sup>82</sup>. Chiarito ciò, la Corte non riconosce la incostituzionalità della norma non essendo prevista dalla stessa una disposizione volta a limitare la educazione religiosa di uno studente, bensì un innalzamento del limite di età obbligatorio, fondamentale per l'educazione del singolo ed il miglioramento della comunità nel suo complesso, senza che sia inficiata la materia della libertà di educazione e la tutela del principio di laicità previsto in Costituzione.

La questione del diritto all'educazione è oggetto di ben più noti casi, sia per l'opinione pubblica che per la dottrina. Tra questi la questione avente ad oggetto il divieto all'utilizzo del velo in tutte le istituzioni scolastiche, di ogni ordine e grado, nei confronti della quale la Corte ha sempre affermato un orientamento liberale a favore del divieto all'uso del simbolo islamico, inteso quale forma di oppressione per le donne e quale tradizione arcaica inaccettabile in uno Stato di diritto fondato sul principio di laicità, riconoscendo la costituzionalità dei divieti imposti, e rigettando l'ipotesi di violazione della libertà personale e della libertà di religione tutelato in Costituzione.

La prima decisione della Corte è del 1989<sup>83</sup>, quando è annullata la modifica alla legge emendante la materia dell'educazione scolastica che aveva riammesso la possibilità di indossare il velo nelle scuole. Con la decisione della Corte, il divieto all'uso del velo è mantenuto, alla luce del principio di laicità dello Stato di cui all'articolo 2 della Costituzione. Secondo la Corte, si tratta di un simbolo anacronistico e non ammissibile in una Repubblica moderna che rispetti il principio di uguaglianza, per cui un'educazione improntata ai principi della laicità non può prevedere comportamenti differenziati per i propri studenti, ma al contrario deve perseguire la cooperazione tra questi. L'utilizzo di simboli religiosi, quale il velo, può minare questo obiettivo, conducendo alla separazione piuttosto che alla solidarietà, motivo per cui lo stesso deve essere rigettato giuridicamente, così come anche socialmente. La questione ritorna all'attenzione della Corte nel 1991<sup>84</sup>, quando

---

<sup>82</sup> Si è già detto come prima della riforma costituzionale del 2004 la Corte aveva più volte sostenuto la precedenza della legislazione e della giurisprudenza interna rispetto a quella internazionale, prospettando una lettura conservatrice e di chiusura dell'impianto costituzionale nazionale. Solo con la riforma è riconosciuta la supremazia dei Trattati internazionali, soprattutto in materia di diritti umani, sulla legislazione nazionale, caratterizzando da questo momento la successiva giurisprudenza costituzionale.

<sup>83</sup> Vedi decisioni 1989/1, 1989/12 del 7 marzo 1989 in *Ufficiale Gazete* n. 20216 del 5 luglio 1989

<sup>84</sup> Caso n. 1990/36 e 1991/8 In *Ufficiale Gazette* n. 20946 del 31/07/1991.

oggetto della decisione è un regolamento del Ministero dell'Educazione che di nuovo ammette di indossare il velo nelle scuole, regolamento poi dichiarato incostituzionale e come tale annullato. Coerentemente con le precedenti pronunce, la Corte dichiara che ogni simbolo rappresentante un credo religioso deve rimanere all'esterno delle istituzioni pubbliche, alla luce del principio della laicità della Costituzione.

La questione arriva alla Corte Europea per i diritti dell'uomo, nel noto caso *Sahin vs Turkey*, la quale come nel caso dei partiti politici convalida la sentenza della Corte Costituzionale, confermando come un diritto fondamentale possa essere limitato per esigenze di garanzia dell'ordine pubblico o per garantire il perseguimento dell'eguaglianza dei diritti, alla luce del principio di laicità tutelato nella Costituzione turca<sup>85</sup>.

Nell'analisi di questi casi si evidenzia, quindi, come l'orientamento della Corte sia stato inizialmente diretto a tutelare i diritti secondo un atteggiamento auto-referenziale, in cui la stessa ha agito quale estrema "protettrice" del sistema costituzionale nazionale al fine di rafforzare i principi del costituzionalismo su cui la stessa Repubblica è nata. Questo orientamento è stato affiancato, soprattutto a seguito della riforma costituzionale del 2004, da alcune decisioni in cui è stata avanzata una rinnovata volontà di apertura alle norme ed alle giurisprudenze straniere, come nel caso dell'*AKP*, quale via per rafforzare la protezione del sistema democratico nazionale.

È ovvio che la procedura di ingresso nell'Unione ha rappresentato una forte spinta nella decisione di accogliere le giurisprudenze europee ed internazionali, inglobando anche la scienza del diritto costituzionale nel sistema di tutela internazionale dei

---

<sup>85</sup> L'analisi del caso è oggetto di approfondimento del capitolo 5, al quale si rimanda. È opportuno in tale sede però richiamare la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 23 febbraio 2010 avente ad oggetto il caso *Ahmet Arslan vs Turkey* in materia di violazione della libertà di religione di cui all'articolo 9 della CEDU. La questione ha ad oggetto la condanna inflitta dalla Corte turca ad individui appartenenti al gruppo religioso *Aczimendi tarikatı*, i quali dopo essersi recati ad una cerimonia religiosa con abito tradizionale (con copricapo, tunica e bastone) sono processati per violazione delle norme sull'antiterrorismo. La Corte Europea ricorda come il principio di laicità occupa uno spazio centrale nell'ordinamento democratico della Turchia la cui tutela può spingersi anche a giustificare i limiti previsti dalla legge all'esposizione di simboli religiosi, come nel caso del velo in istituzioni pubbliche. Questa limitazione, però, non può spingersi a limitare i fondamentali diritti dei singoli, come quello di indossare indumenti religiosi in luogo pubblico. L'articolo 9 della CEDU tutela la libertà di religione il cui contenuto abbraccia anche la libertà di manifestare il credo di appartenenza anche attraverso simboli religiosi. Per tali motivi, la Corte Europea non ritiene giustificato la limitazione della libertà personale, non trattandosi di una fattispecie lesiva del principio di laicità tutelato in Costituzione. Questa, infatti, pertanto, non può spingersi fino a prevalere sul diritto personale di manifestare una convinzione od un credo di appartenenza.

diritti. Ciò permette di meglio integrare la Corte turca nel dialogo giurisdizionale tra Corti e nella tutela multi-livello dei diritti, divenendo promotrice del rafforzamento del processo di transizione costituzionale in senso democratico dell'intero sistema.

### *1.6 Prove future di costituzionalismo: la condizionalità europea e la candidatura della Turchia. Prime considerazioni*

Con il *summit* di Helsinki del dicembre 1999 la candidatura della Turchia quale membro dell'Unione Europea è stata formalizzata<sup>86</sup>. Molti paesi già membri avevano riconosciuto l'appartenenza politica della nazione turca allo spazio europeo, ma il processo di adesione è stato subordinato ad una serie di riforme economiche e politiche che la Turchia si è impegnata a condurre al fine di essere ammessa ufficialmente come candidata dell'Unione<sup>87</sup>.

La previsione per cui la candidatura fosse condizionata al rispetto dei criteri di Copenaghen, ed in particolare all'accettazione dell'*acquis comunitarie*, ed dall'avvio di riforme nel campo economico e giuridico, in materia di diritti umani, di tutela delle minoranze e di libertà di religione, integrati dal rispetto della democrazia e del principio del *rule of law*, ha giocato un ruolo rilevante nel processo di democratizzazione e costituzionalizzazione di un sistema che sulla scorta del principio del nazionalismo ha spesso sacrificato la tutela dei diritti. Il caso delle minoranze, armena e curda, è sicuramente la circostanza più evidente, al quale si associa altresì la questione della crisi cipriota<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Sul tema cfr. B. YESILADA, *Turkey's candidacy in EU membership*, in *The Middle East Journal*, 2002, vol. 56, n. 1, pagg. 94-112

<sup>87</sup> L'appartenenza della Turchia allo spazio politico europeo era stato già sostenuto negli anni '50 e '60, in occasione degli accordi di Ankara del 1963, da quando le relazioni tra la Turchia e la Comunità Europea hanno cominciato ad intensificarsi. Nonostante ciò, l'adesione alla Comunità non è mai avvenuta. L'occasione per rafforzare il dialogo in senso europeo è stata l'adozione della moneta unica, da quando i negoziati per l'adesione della Turchia sono ripartiti. La condizione richiesta affinché la candidatura all'Unione possa realmente realizzarsi è l'avvio di riforme finalizzate a liberalizzare il sistema economico ed a democratizzare il sistema politico-giuridico, promuovendo il sistema dei diritti umani, in particolar modo in tema di diritti delle minoranze con specifico riferimento alla minoranza curda.

<sup>88</sup> Cfr. S. ARGÖNÜL, *Reciprocity. Greek and Turkish minorities. Law, religion and politics*, Istanbul, 2008; G. LEWY, *The Armenian massacres in ottoman Turkey. A disputed genocide*, Salt Lake City, 2005; O.E.LÜTEM, *The Armenian question. Basic knowledge and documentation*, Ankara, 2009

La richiesta di riforme, dunque, anche a livello amministrativo, come preconditione per l'accettazione della candidatura della Turchia all'Unione Europea deve essere considerata un segno della forte condizionalità dell'Unione sulla Turchia.

La Turchia, in questo senso, è stato il primo ordinamento a dover dimostrare di accettare l'*acquis* prima dell'avvio dei negoziati. Così, già al *summit* europeo di Göteborg del giugno 2001, i leader europei avevano evidenziato come nonostante i lenti progressi nel campo delle riforme economiche, la Turchia avesse prodotto dei passi in avanti in materia di minoranze e di tutela dei diritti umani.

Nell'ottobre dello stesso anno, è approvata la riforma costituzionale che emenda 37 articoli della Costituzione turca, finalizzata all'attuazione delle riforme richieste dall'Unione, e concernenti questioni quali il diritto allo sciopero, l'abbassamento dell'età elettorale a diciotto anni, il diritto dei dipendenti pubblici di godere di un sindacato, ed altre materie in tema di diritti civili e politici<sup>89</sup>. L'Unione, infatti, fin dal *summit* di Helsinki, è stata un attento osservatore delle politiche attuate da parte della Turchia, ed i *report* regolarmente pubblicati sul tema evidenziano proprio i progressi della Turchia nel processo verso l'ammissione ai negoziati per l'adesione all'Unione.

Nei confronti delle minoranze, per esempio, la Turchia ha più volte evidenziato come la base normativa sia il Trattato di Losanna, e che solo le minoranze previste dallo stesso godono di un regime speciale, mentre tutti gli altri gruppi, compresi i curdi, non possono che essere trattati da cittadini turchi senza alcuna normativa di favore. Nonostante ciò, la riforma costituzionale del 2001 ha emendato l'articolo della Costituzione che imponeva la pubblicazione di articoli e giornali solo in lingua turca, aprendo la via anche a pubblicazioni nella lingua minoritaria, rappresentando per gli osservatori esterni un primo passo in avanti nella tutela giuridica dei gruppi.

La condizionalità ha avuto dei riflessi, quindi, sul diritto costituzionale, e non soltanto per le riforme che sono state qui adottate e che sono state analizzate. Seppur il Trattato di Roma non preveda per i paesi membri dell'Unione una precisa forma di Stato in relazione al rapporto con la religione, con riferimento al caso turco la soluzione laica è sempre stata sostenuta e considerata il requisito minimo per l'ammissione. Questa posizione è stata giustificata da una volontà di non fare

---

<sup>89</sup> Per approfondimenti, cfr. A. YONAH, E.H. BRENNER, S.T. KRAUSE, (ed. by), *op.cit.*

dell'islam un ostacolo per l'Unione, seppur il rispetto della libertà di religione sia un corollario del principio di laicità e del rispetto della libertà altrui.

Resta da valutare quanto queste riforme siano state incisive tale da garantire l'ingresso nell'Unione. È questo un tema che esula dall'oggetto di questo studio ma al quale si rimanda per comprendere le dinamiche che coinvolgono anche le questioni costituzionali e che attualmente riguardano la Turchia ed i suoi rapporti con l'Unione Europea. In ogni modo, queste sono qui richiamate per comprendere come la condizionalità esterna continui ad essere una forza che, da un lato, ammette le riforme verso un ordinamento sicuramente più democratico ma che, dall'altro, apre ad altre riflessioni.

Se è vero che la Turchia è l'ordinamento più democratico dell'area musulmana, è anche vero che i cambiamenti qui registratesi sono sempre stati imposti quali strumenti per l'adeguamento agli sviluppi occidentali e mai quali prodotto di un processo di auto-critica giuridica alla ricerca di soluzioni efficienti. Lo stesso *diyanet* è apparso, seppur nella sua formula innovativa, un tentativo di ricalcare il modello occidentale e non la soluzione effettivamente turca all'ordinamento giuridico ed al rapporto tra questo e la religione.

L'influenza esterna continua ad essere sempre molto presente, tanto da condizionare l'effettiva democraticità di un sistema, così come la completezza della sua transizione in senso costituzionale.

L'approfondimento del prossimo capitolo sulla materia dei diritti, ed in special modo dei diritti delle donne, consentirà di valutare questo aspetto, potendo evidenziare come la tradizione giuridica continui ad essere un elemento decisivo nell'approccio a questo ordinamento il quale, seppur ufficialmente appartenente al novero degli Stati che hanno accettato la separazione tra lo Stato e la religione, necessita di individuare la propria identità giuridica prima di poter ritenere sostanzialmente concluso il processo di transizione.

## 2. *L'Egitto. Un caso paradigmatico di costituzionalismo islamico*

Il costituzionalismo egiziano è emblema dei principali elementi politici-costituzionali che da sempre hanno caratterizzato il modello della regione araba e nord-africana.

## CAPITOLO IV

L'Egitto ha sempre avuto un ruolo predominante sotto diversi profili in tale area: non soltanto politico o economico, ma anche e soprattutto giuridico, religioso e culturale<sup>90</sup>. Il paese ha sempre rappresentato un centro vitale per la cultura islamica ed araba, sia per la sua capacità di promuovere i processi di modernizzazione politica e sociale che per la tendenza ad influenzare gli avvenimenti dell'area, divenendo un buon laboratorio soprattutto sotto il versante del rapporto tra Stato e religione.

L'islam è qui riconosciuto quale religione di Stato e la *shari'a* come la fonte principale della sua legislazione, seppur la Costituzione preveda tutte le istituzioni tipiche di uno Stato democratico e "secolare".

A differenza della Turchia, che ha formalmente concluso la sua transizione costituzionale laica, seppur con le peculiarità analizzate, l'Egitto si caratterizza per aver sviluppato un costituzionalismo "confessionale" emblematico per l'area di appartenenza. Qui il principio di laicità non è stato accolto e la legge religiosa ha continuato ad essere l'elemento legittimante l'intera legislazione, seppur in presenza di organi costituzionali formati secondo le regole del modello giuridico occidentale, tanto da creare un ibrido dall'evidente fascino sotto il versante giuridico.

Quando si guarda all'Egitto, gli osservatori occidentali non possono non evidenziare alcune tappe di grande interesse nella sua storia costituzionale. Dopo la conquistata indipendenza dal potere Ottomano sotto il potere della dinastia Khedavi e di Mohammed 'Ali, sono state avanzate le prime riforme di stampo occidentale con l'adozione nel 1882 della prima Costituzione, influenzata dalla presenza britannica<sup>91</sup>. La Costituzione adottata il 19 aprile del 1923 ha costituito, invero, il momento della rottura simbolica con l'organizzazione istituzionale prevalsa fino a quel momento. Per la prima volta, cioè, il sistema giuridico si è caratterizzato per una diversa interpretazione della legge islamica, inserita in un sistema "positivo", e sono stati

---

<sup>90</sup> Cfr. C. SBAILÒ, *L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. 2, 2011, pagg. 341-372

<sup>91</sup> Come visto nel primo capitolo, i documenti adottati durante il diciannovesimo secolo rappresentano il punto di partenza della storia costituzionale egiziana. Il regime di Ben Ali prende avvio nel 1805 con l'annessione all'impero Ottomano ed il territorio egiziano diventa oggetto dell'interesse europeo. Grazie alla presenza straniera, cominciano a diffondersi le idee della rivoluzione francese, tra cui la concezione del potere secolare, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e dell'eguaglianza di tutti gli individui. Nel tentativo di implementare le dottrine giuridiche europee nel 1837 è emanata la prima legge organica, conosciuta come *Syastanama*, finalizzata a regolamentare le competenze del potere esecutivo. Nel 1882 entra in vigore la prima Costituzione e si dà inizio al periodo delle riforme, caratterizzato dalla forte influenza britannica.

introdotti i primi Codici ispirati al modello europeo, quali il Codice Civile, Commerciale e Penale<sup>92</sup>.

La occidentalizzazione ha riguardato anche il sistema giurisdizionale, con la creazione di nuove Corti “nazionali” ed il ridimensionamento della competenza riconosciuta alle Corti sharaitiche, fino alla loro definitiva soppressione nel 1956<sup>93</sup>. Così facendo, per la prima volta la legge islamica, di fonte divina, è stata inserita in un sistema “secolare”, di origine umana, secondo il principio dello *state law*, facendo della *shari'a* una branca del sistema giuridico positivo<sup>94</sup>.

Nonostante ciò, la legge islamica ha continuato a condizionare quella nazionale e questo soprattutto, come vedremo, nella materia dello statuto personale, rimasta sotto il controllo della tradizione classica. A differenza della Turchia, dove l'influenza della tradizione giuridica è rimasta “non ufficiale”, in quanto non riconosciuta dalle norme dello Stato, nel caso egiziano la fonte sharaitica ha condizionato la normativa nazionale, quest'ultima vincolata all'obbligo di ricercare la conformità con la legge islamica.

L'analisi del costituzionalismo egiziano evidenzia la distanza tra questo ordinamento ed il costituzionalismo turco. Mentre in questo ultimo l'accoglimento dell'impostazione laica di ispirazione occidentale è stato l'obiettivo principale della leadership politica, nel caso egiziano il riferimento al religioso non è mai stato abbandonato, neppure durante la fase più “secolare” e “socialista”.

Le modifiche costituzionali entrate in vigore negli ultimi decenni hanno, altresì, ulteriormente rafforzato il ruolo del fattore religioso nella scena pubblica, divenendo

<sup>92</sup> Il Codice Penale del 1852 riconosce la competenza esclusiva dello Stato eliminando quella sharaitica. Lo stesso è con il Codice Commerciale del 1850 ed il Codice del Commercio Marittimo del 1863. Nel 1948 è recepito anche il *Mecelle* ottomano, e così anche la materia civilistica di matrice occidentale è incorporata nel sistema nazionale.

<sup>93</sup> I tribunali misti (*mahakm mukhatilita*) sono istituiti nel 1876 mentre i primi tribunali nazionali (*mahakm ahliyya*) nel 1883. Questi convivono in un primo momento con le Corti Sharaitiche (*mahakim shar'iyya*) ed i tribunali previsti per le minoranze religiose (*majalis milliyya*), competenti nella materia dello statuto personale. Si conclude in tal modo il processo avviato dalle fine del diciottesimo secolo con gli ottomani, con l'istituzione di organi di matrice occidentale, quali l'Alta Corte (*majalis al-ahkam*) ed i tribunali speciali per i mercanti (*majalis al-tujjar*). Tale evoluzione conduce con il tempo al restringimento della competenza riconosciuta ai tribunali religiosi, i quali nel 1956 sono definitivamente integrati ed assorbiti nel sistema dei tribunali nazionali, ripartiti tra il Consiglio di Stato (*al mahkawa al-dawla*) con competenza amministrativa e la Corte Suprema (*al-mahakawa al-'ulya*) con funzione giurisdizionale costituzionale, fino all'istituzione della Suprema Corte Costituzionale (*al-mahkama al-dusturiyya al-'ulya*). Cfr. J. Y. BRITON, *The Mixed Courts of Egypt*, New Haven, 1968, M. HOYLE, *Mixed Courts of Egypt*, London, 1991.

<sup>94</sup> Cfr. B. BOTIVEAU, *Contemporary reinterpretation of Islamic law. The case of Egypt*, in C. MALLAT (ed. by), *Islam and Public law. Classical and contemporary studies*, London, 1993, pagg. 260-265

un soggetto determinante per il futuro del paese, sia sul piano socio-politico che su quello giuridico<sup>95</sup>.

Nonostante i cambiamenti che si apprestano a realizzarsi con la riforma costituzionale annunciata a seguito degli ultimi moti rivoluzionari della cosiddetta “primavera araba”, inaugurata nei primi mesi del 2011, l’attenzione è qui focalizzata sull’analisi del costituzionalismo secondo una prospettiva storica. Nel far questo, ci si sofferma in particolare sulla Costituzione del 1971 e sul ruolo della Suprema Corte Costituzionale. Questa ultima, è riuscita a colmare le lacune di un sistema legislativo carente ed interessato al solo mantenimento dello *status quo*, individuando una prassi interpretativa innovativa, attraverso cui ammettere un bilanciamento tra i valori “laici” e quelli sharaitici tutelati in Costituzione, evitando la deriva teocratica del sistema stesso.

### *2.1 Il costituzionalismo egiziano ed il rapporto con la legge islamica*

Il periodo costituzionale che va dal 1923 al 1952<sup>96</sup> può essere definito come “l’età della sperimentazione giuridica”, in cui prende avvio la prima forma di costituzionalismo liberale egiziano, una delle esperienze giuridiche più paradigmatiche per tutta l’area in cui l’Egitto è inserito.

Dopo il colpo di Stato degli ufficiali del 1952, la monarchia è abbandonata e si transita verso una forma di Stato repubblicana. Così, nel 1956 entra in vigore una nuova Costituzione, la quale pur richiamando la struttura della Carta del 1923 introduce rilevanti cambiamenti. Il monarca è destituito e sostituito dal Presidente della Repubblica, si impone il monopartitismo nel sistema politico ed il socialismo

---

<sup>95</sup> Cfr. T. USHAMA, *Islamic Resurgence in Egyptian the Twentieth century: an overview of casual factors*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 49, n.3, 2005, pagg. 205- 226

<sup>96</sup> La Costituzione del 1923 è la prima Carta egiziana che può essere considerata il risultato di un processo contemporaneo di *constitution making*, seppur in mancanza di un vero potere costituente legittimato dal popolo. Il Re mantiene molte prerogative, anche legislative, previste nel precedente sistema, nonché il potere di sciogliere le Camere o stabilire lo stato di emergenza, svuotando le competenze parlamentari. La Costituzione si è tradotta, invero, nella legittimazione del potere autoritario riconosciuto al monarca, e questo fino al 1930 quando è stata sostituita con l’adozione della nuova Carta. Purtroppo anche questo tentativo è stato dunque fallimentare, in quanto ha meramente incrementato i poteri del sovrano, riconoscendogli anche l’iniziativa in materia finanziarie ed il potere di veto sulle iniziative introdotte dal Parlamento. Nel 1935, costretto dalle opposizioni, il Re restaura il documento del 1923 che resta in vigore fino al 1952, quando si avvia la fase rivoluzionaria che culmina con la destituzione del monarca. Cfr. K. BOYLE, A. O. SHERIF (ed. by), *Human rights and Democracy. The role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London, 1996, pagg. 3-12

quale ideologia di Stato. L'intero sistema costituzionale rimane, però, sotto il controllo del Presidente, in assenza di una vera volontà di rottura con la tradizionale forma di gestione del potere, che continua a basarsi su un modello del tutto "autocratico"<sup>97</sup>.

La Costituzione del 1956 ha breve durata, ma il suo spirito caratterizza i regimi costituzionali adottati successivamente. La nuova Costituzione del 1964, infatti, rafforza i principi della precedente, confermando la forma di Stato Repubblicana e la centralità della figura del Presidente dello Stato, in presenza di un unico partito e di un'unica ideologia di Stato, il socialismo arabo<sup>98</sup>.

Solo nel 1971 è approvata una nuova Carta<sup>99</sup>, sotto la presidenza Sadat. Seppur promulgata dopo un anno dalla morte del Presidente Nasser, la stessa mantiene alcuni dei principi del precedente ordine costituzionale, tra cui il riferimento alla ideologia socialista, ma l'autoritarismo è limitato attraverso l'introduzione di alcuni vincoli al potere decisionale del Presidente<sup>100</sup>. Il nuovo sistema si apre al liberalismo economico e sancisce la tutela di importanti diritti, tra cui la libertà di espressione e di opinione, la libertà di associazione, il diritto alla *privacy* ed il diritto

---

<sup>97</sup> L'intera storia egiziana è caratterizzata dal riferimento all'autocrazia, a partire dalla figura di Muhammad 'Ali, padre della dinastia dei Khedive e delle riforme costituzionali avviate nel corso del diciannovesimo secolo. Questo accentramento, mai abbandonato, è stato legittimato anche dal ricorso alla ideologia islamica ed alla figura del Califfo, il quale come vicereggente di Dio è il detentore del potere assoluto sulla terra.

<sup>98</sup> Abbiamo già visto con l'analisi dei cicli e dei modelli costituzionali l'impatto delle ideologie occidentali nel processo di transizione costituzionale dei sistemi a maggioranza islamica. Per approfondimenti si rimanda alla lettura dei paragrafi a ciò dedicati del primo capitolo.

<sup>99</sup> La Carta, approvata l'11 settembre del 1971 con referendum costituzionale, si presenta quale sintesi delle esperienze precedentemente adottate ed, al contempo, quale elemento di novità in alcuni settori che cambiano l'assetto istituzionale della Repubblica, tra cui il riferimento alla *shari'a*. La stessa può essere fatta rientrare tra i modelli che propongono il cosiddetto "rifiuto del costituzionalismo liberale", analizzato nel corso del primo capitolo, e che prende avvio nel mondo arabo nella seconda fase della transizione costituzionale.

<sup>100</sup> Il sistema egiziano riconosce per la prima volta il principio del multipartitismo attraverso il riconoscimento di seggi ai piccoli partiti di opposizione nell'Assemblea legislativa, alla quale sono assegnate prerogative prima attribuite all'unico partito esistente. La forza del Presidente è confermata, ma si stabilisce che lo stesso non possa superare il numero di due mandati alla guida del paese. Solo nel 1980 viene abrogato il divieto di rielezione del Capo dello Stato, e fino al 2005 la norma prevede che il Presidente è nominato dall'Assemblea del popolo e poi sottoposto a conferma mediante referendum popolare. Il Parlamento è composto da due Camere, l'Assemblea del Popolo o *Majlis al-Sha'b* ed il Consiglio Consultivo o *Majlis al-Shura*. Questo ultimo, istituito nel 1980 da Sadat, è un organo consultivo detentore di un ampio potere politico, che consta nella possibilità di "proporre studi ed avanzare proposte per preservare la pace sociale e l'unità nazionale del paese" (art. 194 Cost.). A tal fine, lo stesso può sottoporre all'Assemblea del Popolo qualsiasi questione di interesse nazionale e formulare richieste di modifica del testo legislativo.

all'emigrazione<sup>101</sup>. Si rafforza, però, il riferimento ai valori dell'islam, che è riconosciuto in Costituzione quale una delle fonti della legislazione nazionale (art. 2). Questa Carta è oggetto di un nuovo emendamento costituzionale nel 1980, attraverso cui si rafforza ulteriormente il ruolo della religione islamica. La riforma riguarda soprattutto la disposizione di cui all'articolo 2 appena citato, il quale nel suo novellato testo riconosce la legge islamica quale fonte "principale" della legislazione egiziana, modificando l'assetto gerarchico delle fonti giuridiche.

Seppur la Costituzione sia stata emendata nell'ultimo decennio, nulla è stato modificato in relazione al ruolo assegnato alla religione islamica nel sistema giuridico. Questa disposizione è ancora in vigore ed accolta nella nuova Carta provvisoria adottata a seguito degli ultimi scontri che nel febbraio del 2011 hanno condotto alla destituzione del Presidente Mubarak ed all'avvio di una nuova fase costituzionale, che è destinata a concludersi solo con l'adozione della nuova Carta della Repubblica egiziana.

Elemento determinante in questo *excursus* storico sul costituzionalismo in Egitto è, invero, il riferimento ai principi islamici ed alla forza a questi riconosciuta da parte dell'ordinamento nazionale. Nel 1923 l'islam è riconosciuto quale religione ufficiale, disposizione contenuta inizialmente nell'articolo 149, per poi divenire il testo dell'articolo 5 con le Costituzioni del 1956 e del 1964. Oggi l'articolo 2 lo pone al vertice del sistema delle fonti, per come disposto dalla Costituzione provvisoria attualmente in vigore<sup>102</sup>.

Nel comparare questo ordinamento con l'esperienza costituzionale turca, dunque, il primo elemento di differenza rinviene proprio nel diverso rapporto tra lo Stato e la materia religiosa. Il principio di laicità, infatti, non è assunto qui a principio fondante la nuova Repubblica, essendo l'ordine giuridico-costituzionale basato sul riconoscimento dei principi islamici. Di là del principale riferimento all'islam di cui all'articolo 2, altre previsioni della Costituzione del 1971 invocano la religione di

---

<sup>101</sup> Articoli 174-178 della Costituzione del 1971

<sup>102</sup> L'Egitto si trova attualmente in una fase di transizione per cui sarà necessario attendere il termine della fase costituente per valutare il rapporto esistente tra il sistema secolare ed istituzionale e quello di origine sharaitica. Proprio per questo mi limiterò all'analisi della Costituzione del 1971, quale archetipo costituzionale nella definizione del rapporto con la questione della legge islamica, con i riferimenti, laddove possibile, alla Costituzione provvisoria oggi in vigore. La *Dichiarazione Costituzionale* ha, in ogni modo, confermato il richiamo alla *shari'a* quale fonte della legislazione, confermando la condizione di compresenza tra fonti prevista dall'ordinamento preesistente.

*Allah*. Tra queste, l'articolo 90, secondo il quale il Presidente deve essere designato in nome di Dio; l'articolo 11, secondo il quale i rapporti tra uomo e donna nell'ambito della famiglia devono essere improntati al principio di uguaglianza, ma nei limiti della legge islamica<sup>103</sup>. Alcuni di questi sono stati confermati dalla Dichiarazione costituzionale oggi in vigore, tra cui la investitura del Presidente della Repubblica dietro giuramento in nome di Dio, *ex* articolo 30, disposizione prevista anche per i componenti dell'Assemblea del Popolo e della Camera alta o Consiglio della *Shura*, ai sensi dell'articolo 41.

Oltre al riferimento alla legge islamica, al pari del caso turco, il costituzionalismo egiziano si è dimostrato incapace nel riconoscere una garanzia sostanziale alla tutela dei diritti. Lo stato di emergenza decretato negli ultimi decenni, unitamente alla vigenza di Codici militari, ha sacrificato le garanzie costituzionali in favore dell'autorità esecutiva, alla quale sono stati attribuiti poteri estensivi. Ciò ha condotto alla violazione dei principali diritti e libertà riconosciuti nella Costituzione, trasgredendo, così, il principio di giustizia e di rispetto della legge<sup>104</sup>. L'esercito egiziano, a differenza di quello turco, non ha mai avuto una tradizione laicista, seppur da sempre protettore dell'interesse nazionale. Il suo ruolo è stato in particolar modo rafforzato da Mubarak, il quale ha fatto dello stesso un soggetto centrale per la crescita e lo sviluppo, anche economico, del paese.

Le modifiche costituzionali che sono state introdotte negli ultimi decenni hanno perseguito l'obiettivo, come in Turchia, di "democratizzare" il sistema costituzionale, cominciando proprio dalla disciplina sullo stato di emergenza, ma le lacune politiche e le incongruenze nella Carta sono state mantenute, tanto da non riuscire ad approdare ad un sistema democratico, motivo della crisi politico/istituzionale oltre che giuridica dell'ordinamento attualmente in corso.

---

<sup>103</sup> Il riferimento al principio di uguaglianza nei limiti della legge islamica trova conferma anche nella lettura del previgente articolo 40 (ora articolo 6) che sanciva e sancisce il divieto di discriminazione basato sulla razza, origine etnica, lingua e religione, senza inserire però il riferimento al sesso.

<sup>104</sup> Cfr. J. RAY, *Human rights protection and the rule of law. Case studies in Israel and Egypt*, in E. COTRAN, M. YAMANI, *The rule of law in the middle east and the Islamic world. Human rights and the judicial process*, London, 2000, pagg. 43-50

*2.2 Le revisioni costituzionali. Dal 2005 alla Carta provvisoria del 2011*

La Costituzione egiziana è stata emendata più volte nel corso dell'ultimo decennio. Tali modifiche sono state dovute principalmente alla volontà del regime di mostrare l'esistenza di una volontà riformatrice, in risposta alle numerose richieste provenienti dal popolo di modificare l'organizzazione dei poteri e garantire una maggiore tutela dei diritti<sup>105</sup>. Le modifiche costituzionali sono state giustificate dalla necessità di modernizzare la Costituzione, di rafforzare il processo di democratizzazione del sistema e di ristabilire il bilanciamento tra i poteri dello Stato.

Il primo emendamento è stato adottato nel maggio del 2005, aprendo la strada alla elezione diretta del Presidente della Repubblica ed a libere elezioni, attraverso la modifica dell'articolo 76 della Costituzione. Mentre secondo la previgente normativa, spettava alla Assemblea del Popolo l'elezione del Capo dello Stato con una maggioranza dei due terzi dei componenti seguita da voto referendario, la riforma ha introdotto l'elezione diretta, a suffragio universale, aperta ad un sistema multipartitico.

Secondo gli emendamenti costituzionali, i candidati alla carica di Presidente devono essere sottoposti al controllo dei titoli e delle cause di ineleggibilità da parte di una Commissione *ad hoc* formata dalle più alte cariche della Magistratura nazionale e da cinque componenti eletti dal Parlamento nazionale. Questa scelta ha però di fatto rafforzato la posizione del Presidente di fronte alla diminuzione dell'impatto della Magistratura nel controllo delle candidature.

Un secondo emendamento è stato approvato nell'aprile del 2007, con la modifica di trentaquattro disposizioni costituzionali, tra cui anche quella oggetto della revisione del 2005. *In primis*, è stato modificato il quadro socialista della Costituzione, con l'introduzione del concetto di cittadinanza nell'articolo 1. La norma ancora oggi stabilisce *“la Repubblica araba d'Egitto è un sistema democratico basato sulla cittadinanza. Il popolo egiziano forma una parte integrante del mondo arabo e*

---

<sup>105</sup> La riforma segue le mobilitazioni avviate contro le politiche avviate dal governo di Mubarak, succeduto a Sadat all'indomani dell'attentato subito dal Presidente nell'ottobre del 1981. Lo stesso Mubarak proroga il regime di Stato di emergenza in cui l'Egitto si trova al momento della sua assunzione al potere, status confermato fino alle recenti mobilitazioni che hanno condotto alla sua destituzione.

*lavora per la realizzazione della sua unità*<sup>106</sup>. Allo stesso modo è emendato l'articolo 2, aprendo lo Stato egiziano al liberismo economico e confermando la volontà di staccarsi dall'impostazione socialista, seppur mantenendo il richiamo alla legge islamica. Conseguentemente, la vita economica non si ispira più ai "valori socialisti", ma a quelli dello sviluppo e della giustizia sociale, secondo il nuovo testo di cui all'articolo 4. Lungo questa impostazione, rilevante è l'abolizione della figura del Pubblico Ministero Socialista di cui all'articolo 179 della Costituzione, previsto da Sadat quale organo di controllo nazionale della giurisdizione.

La riforma modifica, altresì, la disciplina dei partiti politici, di cui all'articolo 5 della Costituzione, il quale già riconosceva il multipartitismo quale regola aurea per l'organizzazione politica del sistema. Il costituente aggiunge un nuovo comma con il quale dispone il diritto individuale alla formazione di partiti politici, ma impone il limite delle formazioni e dei movimenti di ispirazione religiosa e/o che fomentano la discriminazione basata sulla razza o sul sesso.

Seppur finalizzata ufficialmente a rendere più democratico il sistema giuridico, *de facto*, anche questa disposizione ha rafforzato il potere del Presidente della Repubblica, limitando l'impatto dei principali oppositori del governo, quali i Fratelli Musulmani. La riforma del 2007 traduce, quindi, una volontà di "chiudere" il sistema alle attività a sfondo religioso, con evidente riferimento al movimento islamico appena citato, in chiave protettiva ed anti-islamista. Essendo il modello statale già retto dalle norme sharaitiche, in altre parole, non è ammissibile un movimento politico "islamico" antagonista al sistema, che si ispira a quella ideologia, ma in opposizione con le scelte politiche del governo che alla *shari'a* stessa fa riferimento. Così facendo, l'intera riforma ha accresciuto i già forti poteri del Capo dello Stato. Essa ha previsto, in primo luogo, un appesantimento della procedura di scelta del candidato alla Presidenza dello Stato, che diventa ancora più macchinosa rispetto alla previgente normativa<sup>107</sup>, rendendo così più difficile la candidatura di personalità

---

<sup>106</sup> La precedente disposizione stabiliva "*The Arab Republic of Egypt is a democratic, socialist state based on the alliance of the working forces of the people. The Egyptian people are part of the Arab nation and work for the realization of its comprehensive unity.*" Il riferimento alla ideologia socialista è quindi eliminato e si afferma il principio della nazione egiziana.

<sup>107</sup> Il nuovo articolo 76 stabilisce che può essere candidato alla carica di Presidente della Repubblica solo un soggetto appartenente a partiti che operino ininterrottamente da almeno cinque anni nel Parlamento ed i cui candidati abbiano ottenuto almeno il tre per cento dei seggi in entrambe le Camere, ovvero sia sostenuto da 250 parlamentari o componenti degli organi elettivi locali; in via

#### CAPITOLO IV

diverse che non siano espresse dal Partito di maggioranza, personificata dal Presidente in carica. A questa norma si aggiunge la novellata disposizione di cui all'articolo 136, che stabilisce che il Presidente può sciogliere l'Assemblea del popolo in caso di necessità, mentre l'articolo 179, abolendo lo stato di emergenza in vigore dal 1981, conferisce al Capo dello Stato poteri speciali per contrastare il terrorismo, come per esempio la facoltà di trasferire questioni dall'elevato rischio per la sicurezza della nazione agli organi giudiziari che ritiene più appropriati<sup>108</sup>.

Ancora, sono rafforzati i poteri di nomina del Presidente sulle principali cariche istituzionali, tra cui quella del Primo Ministro e dei componenti del Consiglio dei Ministri, *ex* articolo 41, ed è modificato l'articolo 88, che stabilisce che le elezioni si svolgano in un solo giorno, affidando la supervisione del processo elettorale ad una Commissione indipendente formata da magistrati ed ex magistrati vigili sulle elezioni, la quale formi a sua volta, commissioni su base circoscrizionali per la supervisione dei processi elettorali, e comitati per la concreta gestione delle operazioni di scrutinio. Ciò ad ulteriore riduzione del potere della magistratura nella supervisione dell'intero ciclo delle operazioni elettorali.

Solo a mò di bilanciamento, si riconosce la responsabilità politica del Primo Ministro innanzi all'Assemblea del popolo, ammettendo una maggiore incisività del potere legislativo nella possibilità di destituire l'organo esecutivo *ex* articolo 127<sup>109</sup>, così

---

transitoria, prevede che per dieci anni possono presentare candidati anche i partiti con almeno un eletto in una delle due Camere, l'Assemblea del Popolo ed il Consiglio Consultivo.

<sup>108</sup> Lo stato di emergenza è stato ulteriormente prorogato dal Parlamento egiziano nel maggio 2010 con l'approvazione della proroga che ne estendeva gli effetti per due successivi anni, a decorrere dal 1 giugno 2010 e fino al 31 maggio 2012, confermando il regime autocratico presente da quasi trenta anni, sotto il potere di Mubarak. Secondo la normativa, lo stato di emergenza conferisce alla polizia poteri coercitivi e limitativi della libertà personale, per cui è possibile arrestare una persona in assenza autorizzazione giudiziaria preventiva e senza la necessaria convalida successiva per un periodo massimo di novanta giorni, durante i quali non è necessario provare alcuna colpevolezza del soggetto. Essa altresì istituisce speciali tribunali ai quali trasferire le competenze in materia penale, contro le cui decisioni non è ammesso il diritto di appello. Tuttavia, la ultima proroga adottata dispone che le limitazioni possono essere assunte solo in caso di rischio terroristico od in presenza di traffico di stupefacenti, limitazione voluta al fine di non incorrere in una pronuncia di incostituzionalità. Cfr. I. SPIGNO, *Egitto. Nuova proroga dello stato di emergenza iniziato nel 1981*, in *DPCE on line*, n. 3, 2010, su <http://www.dpce.it/online>

<sup>109</sup> La previgente disciplina riconosceva un ampio potere discrezionale del Presidente della Repubblica il quale, esercitando il potere di veto, poteva rimettere la decisione sullo scioglimento dell'esecutivo all'Assemblea, ed in caso di nuovo voto di sfiducia, invocare il voto referendario. Con la modifica costituzionale è previsto che nel caso di una seconda mozione di sfiducia votata dall'Assemblea nei confronti del Primo Ministro, approvata con una maggioranza dei due terzi dei componenti, il Presidente della Repubblica deve procedere con l'accoglimento della mozione stessa senza che la questione possa essere sottoposta al giudizio popolare

come nello scioglimento del Consiglio dei Ministri, attraverso la non approvazione del programma di governo, *ex* articolo 133.

Dall'analisi degli emendamenti, si evince come obiettivo principale della riforma sia stato, nella sostanza, il rafforzamento del sistema autoritario e della centralità del Presidente<sup>110</sup>, attraverso l'estromissione delle forze politiche religiose dal potere ed il conferimento di maggiori poteri allo stesso nei casi di stato di emergenza legittimato dalla lotta al terrorismo<sup>111</sup>.

La forma di governo egiziana, quindi, rimane sostanzialmente lontana dal semipresidenzialismo previsto sulla Carta, seppur la compresenza di un Capo dello Stato e di un Primo Ministro. La deriva presidenzialista diventa la principale conseguenza dell'assenza del pluralismo politico e partitico e della mancata separazione tra la sfera statale e quella sociale-religiosa, per cui la figura autocratica del Capo dello Stato è giustificata dal riferimento al leader autocratico islamico.

È, altresì, vero che tra i trentaquattro emendamenti adottati, undici<sup>112</sup> sono stati finalizzati a rendere compatibile il sistema costituzionale e quello economico con le moderne richieste provenienti dal mercato, aprendo anche ad una politica di liberalizzazioni secondo il modello lanciato già negli anni settanta da Sadat, abbandonando definitivamente il modello socialista. Ma non si è intervenuti, per modificare le disposizioni invocanti l'islam quale religione di Stato. Lo stesso articolo 5, nella novellata lettura, ha limitato le formazioni partitiche basate su motivi di carattere religioso, incitanti la discriminazione sulla base del sesso o dell'appartenenza religiosa, ma la disposizione ha prodotto solo una situazione bizzarra in cui il divieto di partiti di ispirazione religiosa, già previsto tra l'altro sul piano legislativo nella legge n. 40 del 1977, è stato inserito in un quadro costituzionale che già riconosceva la fonte divina sopra la legislazione nazionale. Si è

---

<sup>110</sup> Cfr. N.J. BROWN, M. DUNNE, *Egypt's controversial constitutional amendments. A textual analysis*, in [www.carnegieendowment.org/files/egypt\\_constitution\\_web\\_commentary01.pdf](http://www.carnegieendowment.org/files/egypt_constitution_web_commentary01.pdf)

<sup>111</sup> Il Presidente è l'unico soggetto a poter determinare lo stato di emergenza (art. 148 Cost.), godendo dell'iniziativa legislativa e del potere della decretazione di urgenza. È, inoltre, il capo delle forze armate (art. 150 Cost.) e come avviene in altri sistemi presidenziali, non solo promulga le leggi, ma può proporle al Parlamento (art. 109 Cost.), adottare i decreti-legge (art. 108 Cost.) e dispone anche del potere di vero (art. 113 Cost.). Seppur abolita la figura del Pubblico Ministero Socialista ed il trasferimento delle sue competenze alle Corti ordinarie, non sono abolite le Corti speciali, come quella Militare e le Corti di Sicurezza, alle quali il Presidente può ricorrere in applicazione della normativa sull'anti-terrorismo. Cfr. N. B. MAUGIRON, *The 2007 Constitutional amendments in Egypt, and their implications on the balance of power*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 22, n. 4, 2008, pagg. 397-417.

<sup>112</sup> Tra i quali gli articoli 1, 4, 12, 24,30,33,37,56,59,73,180.

imposto cioè il divieto di partiti ispirati alla religione, pur essendo quella stessa fede religiosa il fondamento su cui l'organizzazione pubblica si identifica. Si è già detto come la norma sia stata finalizzata ad escludere i Fratelli Musulmani dall'arena politica. Questi ultimi, in realtà, hanno comunque continuato ad agire sul piano sociale, così dopo la caduta della presidenza Mubarak ed il venir meno dello stato di emergenza trentennale fino a quel momento imposto, sono risultati essere l'unica forza politica organizzata presente a livello nazionale.

Nell'insieme, per tali motivi, il pacchetto di emendamenti non traduce alcuna liberalizzazione "giuridica" del sistema, caratterizzandosi come una "riforma a metà" in cui la mancata modifica del testo dell'articolo 2 rappresenta il principale ostacolo alla modernizzazione, nonostante le richieste provenienti da più parti della società e da attori attivi nel campo dei diritti umani, che avevano chiesto l'apertura di un dibattito sul contenuto della previsione costituzionale<sup>113</sup>. L'articolo 2, al contrario, è rafforzato in quanto espressione dell'identità egiziana, e la *shari'a* è confermata, in quanto fonte autorevole della legislazione nazionale.

Il sistema è oggetto di una nuova riforma costituzionale nel 2009 finalizzata alla modifica dei componenti dell'Assemblea del Popolo<sup>114</sup>, e nel 2011, nel corso dei moti rivoluzionari dello scorso febbraio. Attualmente, invero, l'ordine costituzionale è retto da una Carta provvisoria, *ad interim*, approvata il 30 marzo 2011 a seguito dell'ondata rivoluzionaria del 25 gennaio e della caduta del Presidente Mubarak, con la formazione, a partire dall'11 febbraio, di un Consiglio Supremo delle Forze Armate posto alla guida del paese.

In tale occasione il Parlamento è stato sciolto, la Costituzione sospesa, ed il potere esecutivo è stato riconosciuto all'organo militare il cui incarico è stato previsto fino all'adozione di una nuova Carta costituzionale. Il nuovo testo provvisorio è formato

---

<sup>113</sup> Nel marzo del 2007 è presentata una petizione popolare per emendare l'articolo 2, ma il partito di governo si oppone argomentando come il riferimento alla cittadinanza di cui all'articolo 1 e la proibizione dei partiti politici con finalità religiosa di cui all'articolo 5, siano condizioni sufficienti al fine di assicurare un modello di Stato civile e non religioso. La petizione, in particolare, prevedeva che la Costituzione riconoscesse le altre religioni presenti in Egitto e che si inserisse il riferimento ai diritti umani tra le fonti del diritto, in luogo della *shari'a*, ritornando al testo originale del 1971, quando la legge sacra era riconosciuta come una delle fonti della legislazione, ma non come la fonte principale.

<sup>114</sup> La riforma aumenta i componenti della Camera bassa del Parlamento che diventano 518 deputati, rispetto ai precedenti 454, di cui 10 nominati dal Presidente ed i rimanenti eletti a suffragio universale diretto ogni 5 anni. La riforma è stata voluta al fine di consentire una maggiore rappresentazione del voto femminile con l'elezione di almeno 64 donne in speciali collegi.

da 63 articoli comprendenti tra l'altro le sezioni della Costituzione del 1971 emendate ed approvate con il referendum del 19 marzo 2011, sostenuto soprattutto dai Fratelli Musulmani. Nel corso di un solo mese, invero, è stato approvato il referendum costituzionale indetto dal Presidente Mubarak prima della sua rimozione<sup>115</sup>, e si è proceduto con l'adozione della nuova Costituzione provvisoria, la cosiddetta *Dichiarazione costituzionale*<sup>116</sup>.

Tra le principali modifiche introdotte con il referendum del 2011, incorporate poi nella Costituzione *ad interim*, vi è l'articolo 75, che prevede nuovi requisiti di eleggibilità del Presidente, tra cui la *sola* cittadinanza egiziana. La norma stabilisce inoltre che il candidato deve essere figlio di genitori egiziani, anch'essi privi di doppia cittadinanza, e non sposato con cittadini stranieri. Chiunque abbia concluso un matrimonio con una donna od un uomo la cui cittadinanza non è egiziana non può, secondo le attuali disposizioni, concorrere alle elezioni presidenziali. La norma è, così, chiaramente finalizzata a contrastare la candidatura di personalità egiziane vissute o formatesi all'estero. Anche l'articolo 76 è modificato con la previsione di una disciplina più snella rispetto alla previgente<sup>117</sup>, superando la procedura complessa prevista dalla normativa introdotta nel 2007, al fine di facilitare il pluralismo giuridico. È modificato l'articolo 77, che circoscrive il mandato presidenziale a quattro anni con il limite di una sola proroga consecutiva, superando la durata di sei anni stabilita della precedente norma, la quale tra l'altro non imponeva alcun limite per la rieleggibilità. Ma soprattutto, si emenda l'articolo 88, e si assegna ad un'Alta Commissione composta esclusivamente da magistrati la supervisione delle elezioni e dei referendum, sottraendo quindi la procedura al potere del Presidente<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Il testo della riforma costituzionale è stato portato a termine dalla Commissione istituita dal Consiglio Supremo delle Forze Armate, presieduta dal giudice del Consiglio di Stato Tareq El-Besri.

<sup>116</sup> Cfr. il testo della *Constitutional Declaration* del 2011 su <http://www.egypt.gov.eg/english/laws/constitution/default.aspx>

<sup>117</sup> Secondo la odierna disciplina, il candidato deve avere il sostegno di almeno trenta parlamentari, in luogo dei 250, ovvero essere supportato dalla sottoscrizione di trentamila firme di elettori raccolte in quindici province diverse, con un minimo di mille a provincia, oppure essere iscritto nelle file di un partito con almeno un seggio parlamentare, sia nell'Assemblea del Popolo che nella Camera Consultiva.

<sup>118</sup> Se dal punto di vista giuridico la previsione di una Autorità indipendente era finalizzata a garantire la presenza di un organo *super-partes*, al quale riconoscere il controllo della democraticità delle elezioni, di fatto questo organo è sempre stato sottoposto al controllo politico della maggioranza che ne ha definito gli indirizzi da seguire, svuotando così il contenuto della norma.

#### CAPITOLO IV

Secondo la nuova disposizione dell'articolo 93, spetta alla Suprema Corte Costituzionale, e non più al Parlamento, la competenza di verificare le cause di ineleggibilità dei membri del Parlamento stesso, e l'articolo 139 prevede che il Presidente della Repubblica debba nominare un Vice-Presidente entro sessanta giorni dalla sua elezione, colmando un vuoto istituzionale che aveva creato situazioni di autocrazia forte. È così superato il regime delegatorio del precedente ordinamento, in favore di un meccanismo più trasparente di attribuzione delle responsabilità.

Per quanto concerne lo stato di emergenza, si stabilisce che la dichiarazione sia data dal Presidente previa approvazione dell'Assemblea del popolo, e che lo stesso non possa essere rinnovato per un periodo superiore a sei mesi, con eccezione del caso in cui la stessa proroga sia approvata a mezzo referendum costituzionale, *ex* articolo 148. L'articolo 179 è revisionato nella parte in cui prevede limitazioni alla protezione dei diritti in funzione anti-terroristica, secondo la disposizione introdotta con la riforma del 2007, ed infine si modifica l'articolo 189 contenente la disciplina prevista per l'adozione di una nuova Carta Costituzionale, riconoscendo l'iniziativa al Presidente dello Stato, all'Assemblea del Popolo od al Consiglio della Shura<sup>119</sup>. È prevista, così, l'attribuzione dell'incarico ad un'Assemblea Costituente composta da cento membri, eletta a maggioranza delle due Camere riunite in seduta comune. La bozza della nuova Costituzione deve essere redatta entro sei mesi dalla formazione dell'Assemblea, per essere poi presentata al Presidente della Repubblica, il quale a sua volta entro quindici giorni la deve sottoporre a referendum popolare.

Anche questa ultima riforma non modifica, tuttavia, la disposizione sui partiti politici e le limitazioni nei confronti dei movimenti di ispirazione religiosa, continuando il sistema a presentare forti lacune sotto il versante del processo di democratizzazione del paese.

Questa realtà trova recepimento nella Costituzione *ad interim* la quale, come detto, seppur proclamando i principi provvisori della fase di transizione, ingloba molte delle disposizioni del precedente sistema attraverso il riferimento alla più recente riforma costituzionale. Il regime provvisorio tra l'altro continua a riconoscere la *shari'a* quale fonte della legislazione egiziana, rafforzando un modello costituzionale in cui la dualità delle fonti, secolare, da un lato, e religiosa, dall'altro, caratterizza

---

<sup>119</sup> Cfr. M. CERRONI, *Egitto. Approvati alcuni emendamenti alla Costituzione*, in *DPCE on line*, n. 2, 2011, in <http://www.dpce.it/online/>

l'ordinamento nel suo insieme, seppure una commissione costituzionale sia stata predisposta al fine di valutare il ruolo della *shari'a* nell'ordinamento e l'opportunità di modificare il testo dell'articolo 2.

La Dichiarazione costituzionale corregge, in ogni modo, la norma che escludeva le donne dalla candidatura alla presidenza (art. 73 Cost.), e stabilisce le funzioni del Consiglio Supremo delle Forze Armate all'articolo 56.

L'attuale stadio provvisorio rappresenta, per tali motivi, un'importante fase dell'esperienza costituzionale, in cui le forze che partecipano alla redazione della nuova Carta possono dare un evidente contributo nella definizione che il sistema darà alla forma di Stato egiziana, in particolar modo nel suo rapporto con la identità religiosa e quella nazionale, nell'accoglimento del riferimento alla laicità nell'ordinamento e nel processo di democratizzazione<sup>120</sup>.

### 2.3 Legge nazionale o legge islamica? L'articolo 2 ed il ruolo della *shari'a*

Si è visto come, nonostante le diverse riforme costituzionali approvate durante l'ultimo decennio, il riferimento alla legge islamica nel sistema costituzionale sia stato mantenuto. Come già detto, la Costituzione del 1971 è stata la prima Carta ad accogliere il riferimento alla *shari'a* nell'articolo 2, riferendo alla legge coranica quale fonte della legislazione egiziana. Tale previsione è stata emendata nel 1980 ed il riferimento alla legge islamica è stato rafforzato. Mentre nel precedente articolo 2 era possibile leggere “i principi della *shari'a* islamica costituiscono *una* principale fonte per la legislazione egiziana”, le modifiche apportate hanno revisionato il testo in “i principi della *shari'a* islamica costituiscono *la* fonte principale della legislazione egiziana”, modifica che ha reso prevalente il dettato coranico sulle

---

<sup>120</sup> Al fine di pervenire a questo obiettivo, fondamentale è anche la relazione che si vorrà stabilire sul piano “politico” tra i partiti risultati vincitori alle ultime tornate elettorali, rappresentanti di tutte quelle voci “taciute” durante il regime di Mubarak. Ad oggi, infatti, la formazione che ha avuto la maggioranza dei consensi è il Partito della Libertà e Giustizia (*Hizb al-Hurriya wa al-'Adala*), portavoce della dottrina dei Fratelli Musulmani, seguito dal Partito della Luce (*Hizb al-Nour*) di ispirazione salafita, e come tale fortemente islamista e radicale. I due partiti politici hanno ampiamente superato la storica formazione nazionalista e “laica” del *Wafd*, per cui è ragionevole aspettarsi dei cambiamenti nel paese, dati dal nuovo assetto istituzionale che queste forze vorranno imprimere al sistema. Cfr. D. TORRE, *Egitto. Appunti sulla nuova legge elettorale e sul nuovo assetto politico del paese*, in *DPCE on line*, n. 4, 2011

#### CAPITOLO IV

norme adottate dallo Stato, imponendo la conseguente e necessaria compatibilità della legislazione nazionale ai principi della legge islamica<sup>121</sup>.

Dal punto di vista strettamente costituzionale, c'è da chiedersi se l'articolo 2 abbia costituito una *mera* concessione politica e simbolica all'ideologia islamica, o se, al contrario, il riferimento alla cultura giuridica sharaitica abbia tradotto la volontà di transizione dell'ordinamento in un surrogato dello Stato islamico. In altre parole, la questione riguarda il "se" il nuovo articolo 2 abbia rappresentato nell'ottica dei nuovi costituenti un aggiustamento formale della Carta Costituzionale, realizzato attraverso l'inserimento del richiamo all'etica islamica quale risposta al substrato della cultura islamica prevalente nel paese, o "se", al contrario, lo stesso abbia mirato ad una vera e propria revisione della forma di Stato, attraverso un processo di re-islamizzazione dell'intero sistema nazionale<sup>122</sup>.

Ciò che va chiarito è l'interpretazione da dare all'articolo 2, il quale può essere riconosciuto alla stregua di una "norma super-legislativa", nel senso di una "*Grundnorm islamica*", o quale uno degli ordinamenti giuridici possibili secondo una teoria dualistica del sistema, per cui si confermerebbe l'esistenza di due ordini separati, quello legislativo o *qanun* e quello della *shari'a*, tra loro interdipendenti o completamente autonomi<sup>123</sup>.

Il caso egiziano è un esempio rilevante, infatti, nel paradigmatico rapporto tra norma musulmana e diritto nazionale tra gli ordinamenti confessionali a maggioranza islamica. Se fino a prima dell'avvento del periodo coloniale la *shari'a* ha rappresentato la base del sistema giuridico, a partire dal diciannovesimo, la

---

<sup>121</sup> Tale disposizione è il prodotto della più recente storia del paese in cui le forze governative, carenti di legittimazione, hanno fatto ricorso alle forze islamiste ed alla teoria dello Stato islamico al fine di rafforzare il consenso. È stato proprio il Presidente Sadat che, dopo aver avviato una serie di politiche economiche impopolari, ad aver fatto ricorso alle forze più tradizionaliste al fine di garantirsi la maggioranza. Anche in questo caso, come per la Turchia, si crea un connubio tra il nazionalismo arabo e l'islam, con importanti ripercussioni anche sul piano giuridico. Mubarak però abbandona il programma di islamizzazione avviato dal predecessore, non adottando i Codici islamici preventivamente previsti, bloccando la transizione "islamista", e lasciando il sistema costituzionale in una forte situazione di stallo risolta solo con l'intervento della Suprema Corte Costituzionale. Cfr. C.B. LOMBARDI, *State law as Islamic law in modern Egypt. The incorporation of the shari'a into Egyptian Constitutional law*, Leiden-Boston, 2006, pagg. 123 e ss.

<sup>122</sup> Cfr. B. BOTIVEAU, *Contemporary reinterpretations of Islamic Law: The case of Egypt*, cit.

<sup>123</sup> Nella visione dualistica, l'ordine sharaitico è incorporato in quello legislativo, seppur il secondo continui ad essere influenzato dal primo. I principi islamici sono insiti nelle norme adottate dal legislatore, in quanto non avrebbero ragione di essere quale fonte del sistema giuridico se non incorporati nella legislazione stessa. Si riconoscono, in tal modo, due ordinamenti divisi, seppur interdipendenti tra loro. Cfr. K. BÄLZ, *Shari'a and Kanun in Egyptian Law: a system theory approach to legal pluralism*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, 1995, pagg. 37-53

legislazione nazionale o *qanun* di origine umana, è stata gradualmente introdotta fino a determinare la decadenza del primo<sup>124</sup>.

Tuttavia, la *shari'a* non è mai stata estromessa, divenendo forza legittimante dell'intero sistema giuridico<sup>125</sup>. Lo stesso Codice Civile egiziano del 1948 o *al-qanun al-madani*<sup>126</sup> rappresenta il tentativo di fondere gli elementi della cultura giuridica islamica con quelli occidentali senza abbandonare definitivamente il ruolo della prima<sup>127</sup>. Da questo punto di vista, l'ordinamento egiziano diventa l'emblema della relazione esistente tra diritto e morale negli ordinamenti a maggioranza islamica, a dimostrazione della misura in cui la morale religiosa è concepita come una componente del diritto<sup>128</sup>.

L'islam è la cornice dentro cui il legislatore deve muoversi, in quanto morale che vincola il diritto, in un sistema in cui i cittadini devono osservare due tipi di regole, giuridiche e religiose. In tal senso, lo status *sui generis* dell'ordinamento egiziano, nel quale sono ravvisabili due ordini di legislazioni indipendenti tra di loro ma, al contempo, in continuo contatto, evidenzia una dualità legittimata a livello costituzionale e che anche le recenti revisioni costituzionali non hanno modificato<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> L'incorporazione del modello europeo non è da considerarsi come un ripudio del diritto islamico classico. Secondo Brown, anche le legislazioni preesistenti all'incorporazione dei modelli occidentali non erano basati semplicemente sulla *shari'a* ma su norme consuetudinarie o tribali, ovvero sugli editti dei governatori o dei Califfi, in cui la *shari'a* in senso stretto ricopriva un ruolo pressoché marginale. Solo durante il periodo ottomano, la centralità del sistema giuridico islamico è cresciuto, influenzando anche il sistema egiziano, attraverso la codificazione della stessa legge islamica. Cfr. N. J. BROWN, *Shari'a and State in the Modern Muslim Middle East*, in G. N. PICKEN (ed. by), *Islamic Law*, London- New York, 2011

<sup>125</sup> Come ricorda Bälz, la legge islamica non è solo una legge religiosa, ma è un sistema giuridico caratterizzato dalla presenza di principi di fonte secolare, come le interpretazioni dei giuristi islamici, ed in questo senso è molto più vicino al sistema giuridico moderno di quanto si pensi. Anche per questo l'Egitto ha potuto mantenere in vita un doppio binario giuridico, basato sulla *shari'a* e sul *qanun*. Cfr. K. BÄLZ, *op. cit.* pagg. 42-43

<sup>126</sup> Adottati con la legge n. 131 del 1948.

<sup>127</sup> Secondo Botiveau, è lo stesso diritto islamico che entra a far parte del diritto comune della nazione, attraverso il nuovo iter legislativo e giurisdizionale che l'ordinamento civile impone, seppur "banalizzato", in quanto non solo emendato ma anche sottoposto all'interpretazione di un giudice non religioso, nonostante le riserve nel campo del diritto di famiglia. Il diritto applicato non è più quello delle singole confessioni, ma quello accolto nella legge dello Stato, seppur legittimato dalla norma religiosa. Cfr. B. BOTIVEAU, *Il diritto dello Stato-nazione e lo status dei non musulmani in Egitto e in Siria*, in A. PACINI (a cura di), *Comunità cristiane nell'Islam arabo. La sfida del futuro*, Torino, 1996, pag.127

<sup>128</sup> Sul rapporto tra diritto e morale religiosa nel mondo musulmano e l'applicazione al caso egiziano, cfr. B. DUPRET, *Il governo della legge nei limiti dell'etica islamica. Il caso egiziano*, in AA. VV. (a cura di P. COSTA - D. ZOLO), *Lo stato di diritto: Storia, teoria, critica*, Milano, 2002

<sup>129</sup> Il conflitto tra diritto e morale viene in rilievo in diversi casi e situazioni che oggi evidenziano l'esistenza di due sistemi normativi che regolamentano in modo difforme la stessa materia, limitando lo Stato di diritto. Questo è ravvisabile, per esempio, nei divieti imposti agli istituti bancari di ricorrere

In questa evoluzione legislativa e costituzionale, un ruolo fondamentale è stato svolto dalla Suprema Corte Costituzionale, la cui giurisprudenza ed interpretazione dell'articolo 2 ha permesso di trovare all'ordinamento egiziano una propria strada, consentendo il bilanciamento con i valori democratici già previsti dalla Costituzione. La Corte ha riconosciuto l'importanza della *shari'a* nella legislazione egiziana, ma non come super-fonte dell'ordinamento, quanto piuttosto come correttivo dello stesso, nel tentativo di perseguire un bilanciamento tra i principi della tradizione islamica e quelli stabiliti nella Carta, garantendo così il *rule of law* e chiarendo il ruolo che la *shari'a* occupa nell'odierno ordinamento.

#### *2.4 L'articolo 2 e la Suprema Corte Costituzionale o Al-Mahkama al-Dustūriyya al-'Ulyā*

Come visto, il testo originale dell'articolo 2 della Costituzione egiziana del 1971, a seguito dell'emendamento costituzionale del 1980, ed ancora oggi in vigore stabilisce che:

*“l'Islam è la religione di Stato, l'arabo è la lingua ufficiale e i principi della Shari'a islamica sono la fonte principale della legislazione”.*

Alla luce della nuova disposizione, la Suprema Corte Costituzionale è stata più volte chiamata a valutare la legittimità delle norme in vigore, in base alla loro conformità alla *shari'a* e quindi alla Costituzione. Con la sua giurisprudenza, invero, la Corte ha confermato il principio per cui la legislazione deve essere conforme alla *shari'a*, ma ha anche stabilito la necessità di bilanciare il contenuto del disposto costituzionale, con i principi ed i valori tutelati nella Carta nel suo complesso.

La Suprema Corte, quale massimo organo di giustizia costituzionale del sistema egiziano, è riuscita così a mantenere la stabilità politica nell'ambito dei principi tutelati in Costituzione, tra cui la salvaguardia dell'ordine democratico e dei diritti umani, rifacendosi tra l'altro anche agli standard giuridici adottati nella Comunità

---

all'interesse, spesso considerato *riba* od usura vietata dall'islam, così come anche nel caso del velo, il cui divieto imposto è considerato, alla luce di quanto imposto dalla *shari'a*, inammissibile ed incostituzionale. L'articolo 64 della Costituzione del 1971 stabilisce che “la sovranità del diritto è la radice del potere statale”, ma molte delle circostanze che devono essere regolamentate riferiscono al rapporto tra diritto e morale, situazione che conferisce legittimità al diritto statale quando lo stesso è compatibile con la morale ma che, al contempo, investe i principi etici di una carica normativa, diventando regole vincolanti per la società stessa.

internazionale e traendone dei principi guida non previsti direttamente nella Carta. Ciò spiega come la sua attività interpretativa sia divenuta il vero “bastione” del costituzionalismo e del riconoscimento formale e sostanziale dei diritti in Egitto<sup>130</sup>.

Si tratta, pertanto, di una giurisprudenza significativa nell'approccio al costituzionalismo egiziano seppur resa da un organo relativamente giovane. La Suprema Corte Costituzionale egiziana o *Al-Mahkama al-Dustūriyya al-'Ulyā*, è stata prevista costituzionalmente solo nel 1971<sup>131</sup>, in sostituzione alla precedente Corte Costituzionale istituita con decreto presidenziale nel 1969<sup>132</sup>. La sue stesse funzioni e competenze sono state regolamentate otto anni più tardi dall'entrata in vigore della Costituzione, e contenute nella legge numero 48 del 1979, la quale ha affermato l'indipendenza dell'organo e ne ha definito l'organizzazione ed i poteri al fine di preservarla da qualsiasi interferenza politica<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Un esempio, è la libertà di espressione, non direttamente tutelata in Costituzione e la cui garanzia è stata introdotta dalla giurisprudenza costituzionale attraverso il riferimento agli strumenti internazionali.

<sup>131</sup> La Costituzione del 1971 ha dedicato un intero titolo alla regolamentazione delle competenze della Corte (articoli 171-174). Questi stabiliscono il principio di indipendenza dal potere politico (art. 174), la competenza in materia di controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forma di legge, la competenza ad interpretare i testi legislativi secondo il dettato stabilito dalla legge, nonché quello di dirimere eventuali conflitti giurisdizionali tra Corti (art. 175); le funzioni e l'organizzazione della Corte stabilendo in questo il principio di legalità per cui spetta alla legge disciplinare quanto di competenza della stessa (art. 176), lo status dei suoi membri (art. 177) e l'obbligo della pubblicazione delle sentenze, delle decisioni e delle interpretazioni della Corte nella Gazzetta ufficiale, secondo le modalità stabilite dalla legge (art. 178). Il sistema riconosce un giudizio di costituzionalità preventivo, ammettendo la competenza della Corte ad esaminare la norma preliminarmente alla sua adozione. Per una disamina sulle competenze della Suprema Corte Costituzionale, con particolare riferimento alla legge n. 48 del 1979 sulla sua organizzazione, cfr. A. M. EL-MORR, A. EL-RAHMAN NOSSIER, A. O. SHERIF, *The Supreme Constitutional Court and its role in the Egyptian Judicial System*, in K. BOYLE K., A. O. SHERIF (ed. by), *Human rights and Democracy. The role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London, 1996

<sup>132</sup> La nuova Suprema Corte Costituzionale sostituisce la Suprema Corte costituita con decreto n. 81 del 1969. Prima della “costituzionalizzazione” della Corte, il controllo costituzionalità delle leggi spettava a tutte le Corti, secondo un modello diffuso, passato poi nel 1946 al Consiglio di Stato, e nel 1969 alla sola Suprema Corte. Questa ha continuato a funzionare anche durante il periodo transitorio, dopo l'emanazione della nuova Costituzione del 1971 e fino al 1979, anno in cui è entrato in vigore il decreto di organizzazione delle funzioni della nuova Corte. Secondo la legge n. 48 del 1979, i giudizi della Suprema Corte costituzionale sono vincolanti *erga omnes*, e non è ammesso alcun ricorso contro gli stessi. Cfr. A.O.SHERIF, *An overview of the Egyptian Judicial System and its history*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 5, 1998-1999, pagg. 3-28.

<sup>133</sup> I membri della Corte Costituzionale egiziana sono scelti tra i magistrati, i professori universitari di diritto o avvocati patrocinanti presso la Corte di Cassazione o la Suprema Corte Amministrativa (art. 4 legge n. 48/1979). Il Presidente è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, così come anche i singoli membri. Alla Corte possono accedere il Presidente dell'Assemblea del Popolo, il Ministro della Giustizia che agisce per conto del Primo Ministro (per l'interpretazione dei testi legislativi, art. 33 legge n. 48/1979), i giudici di merito, ogni persona fisica o giuridica che sia direttamente interessata, in quanto implicata in un processo dinanzi ad un tribunale egiziano.

Nei primi anni dalla sua attività, la Corte si è occupata di questioni attinenti la tutela della proprietà privata, del *rule of law* e del bilanciamento dei poteri tra le istituzioni, quali forma di tutela dei principi costituzionali disciplinanti il regime democratico ed il principio della sovranità del popolo. Al contempo, ha avviato una giurisprudenza innovativa, avocando a sé le competenze non direttamente attribuite, riconoscendo il *rule of law* quale strumento per la tutela dei diritti, nonché per l'inserimento nella legislazione nazionale dei principali documenti internazionali adottati nella materia<sup>134</sup>.

Così, se tra gli obiettivi principali che avevano portato il Presidente Sadat a modificare la formazione e le competenze della Corte vi era la sua politica liberista, necessitante di un organo giurisdizionale a "garanzia" degli investimenti stranieri, ben presto la Corte è riuscita a staccarsi da questa sola funzione, divenendo un organo di tutela dei diritti civili e politici oltre che di quelli economici, nonché di limitazione del potere esecutivo nei casi di violazione dei principi stabiliti in Costituzione, facendo rientrare la sua funzione nel più classico dei modelli costituzionali oggi presenti.

---

L'eventuale pronuncia di incostituzionalità provoca l'annullamento della norma e la sua inefficacia dal giorno successivo alla decisione.

<sup>134</sup> La Corte ha chiarito come nel concetto di *rule of law* rientrino non solo le norme nazionali ma anche quelle internazionali ai quali lo Stato egiziano è vincolato. L'articolo 151 della Costituzione del 1971 stabilisce che "Il Presidente della Repubblica può concludere trattati internazionali e ratificarli dopo che siano stati presentati alla Assemblea parlamentare. Questi assumono il medesimo rango della fonte legislativa interna dopo che sono stati ratificati e pubblicati secondo le norme stabilite dalla legge". La Corte aggiunge che i trattati internazionali fanno parte della legislazione nazionale e che tra questi uno status speciale è riconosciuto ai Trattati sui diritti umani. In alcune decisioni, come nel caso n. 22 del 4 gennaio 1992, sostiene che le norme sui diritti umani adottati a livello internazionale rappresentano delle fonti direttamente applicabili nella legislazione nazionale e che le norme costituzionali devono essere interpretate in conformità a quanto disposto dai trattati stessi, seppur nel rispetto del quadro costituzionale, permettendo così all'Egitto di entrare nel novero delle moderne democrazie costituzionali. Cfr. Cfr. A.O.SHERIF, *The primacy of the law and the Constitution. Their consistency and compliance with international law. The Egyptian experience*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern law*, vol. 10, 2003-2004, pagg. 3-19, K.BOYLE, *Human rights in Egypt: International Commitments*, in K. BOYLE, A. O. SHERIF. (ed. by), *Human rights and Democracy. The role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London, 1996, pag. 89. A differenza della Corte Turca che si è dimostrata restia ad aprirsi alla giurisprudenza ed alla legislazione internazionale, la Corte egiziana è stata il principale soggetto promotore dell'introduzione della normative internazionali. Nelle parole della Corte, qualsiasi ordinamento che si consideri democratico deve provvedere alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, il che include direttamente tra le fonti del diritto nazionale anche quelle dichiarazioni internazionali, affermando lo status costituzionale degli standard adottati universalmente. Cfr. C.B. LOMBARDI, *Egypt's Supreme Constitutional Court: Managing Constitutional Conflict in an Authoritarian, aspirationally 'Islamic' State*, in *The Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008, pagg. 234-253

Nell'ambito di questa evoluzione, centrale è stata la giurisprudenza sviluppata intorno all'articolo 2 della Costituzione, nel cui quadro la Corte è riuscita a delineare una teoria innovativa, incanalando la tradizione sharaitica nel contesto costituzionale vigente, evitando lo stallo del sistema.

La metodologia seguita rispecchia due linee guida che riferiscono all'applicazione dell'articolo 2. La prima rispetto al "tempo" e la seconda rispetto allo "scopo".

Con riguardo al "tempo", la Corte fissa il principio di irretroattività del controllo costituzionale sulle leggi, per cui esclude da subito che si possa valutare la costituzionalità di norme entrate in vigore prima dell'adozione dell'emendamento costituzionale del 22 maggio 1980.

Il principio è presentato per la prima volta nel 1985, nel cosiddetto "*al-Azhar case*"<sup>135</sup>, quando è sottoposta all'attenzione della giudice delle leggi la costituzionalità della disciplina sugli interessi bancari, di cui alla legge n. 131 del 1948, ritenuta contraria alla legislazione sharaitica<sup>136</sup>. In tal caso, la Corte esclude la sua competenza in virtù del principio di irretroattività della Carta Costituzionale, per cui una norma non può essere oggetto del controllo della stessa per violazione dell'articolo 2 se precedente all'entrata in vigore dell'emendamento. La compatibilità della legislazione alla *shari'a* può essere ammessa, cioè, solo per le leggi emanate a posteriori all'entrata in vigore della revisione del 1980, per cui l'obbligatorietà della *shari'a* vincola la legislazione solo per il futuro, e una norma già adottata non può essere contestata sul piano costituzionale.

Spetta al legislatore, secondo la Corte, la responsabilità di provvedere alla modifica di quei testi, adottati prima di tale data, che appaiano contraddittori con la *shari'a*, al fine di rendere compatibile la normativa nazionale alle nuove disposizioni costituzionali.

---

<sup>135</sup> Cfr. la Decisione della Suprema Corte Costituzionale del 4 maggio 1985, in *Official Gazette*, n. 20, del 19/05/1985

<sup>136</sup> La Corte è adita dal Rettore dell'Università di *Al-Azhar*, la quale lamenta l'incostituzionalità, per violazione dell'articolo 2, dell'articolo 226 del Codice Civile, autorizzante il pagamento di interessi e la delazione del pagamento del debito commerciale, che la disciplina islamica non ammette in quanto costituenti *riba* ossia usura. Nel caso in oggetto, la Corte non entra nel merito della questione, stabilendo che la finalità dell'articolo 2 della Costituzione è quello di vincolare la legislazione ai principi della *shari'a* e della giurisprudenza islamica. Così è solo per la "nuova" legislazione e non quella entrata in vigore precedentemente all'emendamento costituzionale, come nel caso del Codice Civile egiziano, motivo per cui il ricorso è dichiarato inammissibile.

Questa impostazione giuspositivistica non entra in conflitto con la dottrina delle fonti islamiche, in quanto finalizzata a garantire la stabilità del sistema politico ed istituzionale e con esso anche la previsione della *shari'a* quale fonte del sistema giuridico, in forza dell'interesse pubblico.

Questo principio è riconfermato nella storica sentenza del 1985<sup>137</sup> avente ad oggetto la costituzionalità della legge n. 44 del 1979, norma emendante il regime del divorzio nello statuto personale, per la quale la Corte pronuncia l'inammissibilità del procedimento per contrarietà con l'articolo 2 della Costituzione in applicazione del già enunciato principio di irretroattività. La norma è stata tuttavia dichiarata incostituzionale per incompatibilità con il principio di separazione dei poteri stabilito nella Costituzione del 1971.

Con riguardo allo "scopo" della norma, la giurisprudenza costituzionale crea una metodologia innovativa attraverso la quale distingue due tipologie di principi e stabilisce che le norme della *shari'a* vanno scisse in principi la cui origine e significato sono assoluti, definitivi e perentori (*al-ahkam al-shar'iyya al-qat'iyya fi thubūtihā wa dalālatihā*) e principi che sono relativi, flessibili e non perentori e che riflettono il giudizio umano (*al-ahkām al-zanniyya*).

La teoria è delineata in una importante sentenza del 15 maggio del 1993<sup>138</sup>, concernente il *siyasa shar'iyya*, l'esercizio del potere legislativo e del governo secondo la legge di Dio, per cui è ammessa l'adozione di nuove norme a condizione che queste siano conformi con i comandi divini. Nel caso di specie, la Corte elabora un metodo per identificare i principi assoluti della legge islamica e la misura in cui gli stessi limitano la legislazione nazionale<sup>139</sup>. Richiamando l'articolo 2, un testo legislativo non può contraddire il governo della *shari'a* che è assolutamente certo nella sua autenticità e significato, in quanto i principi universali stabiliti dalla legge

---

<sup>137</sup> Caso n. 28 del 4 maggio 1985. Cfr. E.M. AWAT, A.O. SHARIF, *Separation of power and limits on presidential powers*, in K. BOYLE, A.O. SHERIF (ed. by), *Human Rights and democracy: the role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London, 1996, pagg. 68-71

<sup>138</sup> Caso n. 7 del 15 maggio 1993, in *Supreme Constitutional Court Decision (SCCD)*, vol. 5, part. 2, pag. 265-90

<sup>139</sup> Nella concezione della teoria della *siyasa shar'iyya*, la Corte si riconosce quale una moderna *madhhab*, l'istituzione classica deputata all'interpretazione del diritto sharaitico ed alla sua implementazione per mezzo del metodo dell'*ijihad*. La Corte diventa, pertanto, l'unica istituzione in grado di garantire, attraverso il ricorso all'interpretazione, l'applicazione delle norme islamiche alle quali le norme dello Stato devono conformarsi.

islamica non possono essere oggetto di interpretazione o alterazione per essere adattati al tempo ed allo spazio.

Da questa data, l'impostazione dell'organo costituzionale cambia, passando da una prima riluttanza all'articolazione di una teoria sistematica dell'interpretazione sui principi giuridici islamici, ad una fase in cui si accetta l'interpretazione dell'articolo 2, attraverso il richiamo alle teorie proprie della Legge sacra, ma in un ottica del tutto liberale.

La Corte definisce, così, il rapporto tra le fonti divine ed immutabili e l'interpretazione terrena ed umana, stabilendo che solo i principi che appartengono al nucleo duro della legge islamica rappresentano i principi generali e perenni, le cui immutabili fonti non possono essere né alterate né interpretate. Come tali sono al di fuori dell'*ijtihad*, in quanto il loro significato non può essere modificato per essere adattato alle circostanze del tempo.

La Corte ricorda come vi siano, al contempo, principi che sono il frutto dell'interpretazione e che non sono completamente assoluti. In questo campo, l'interpretazione è ammessa, vista la loro natura flessibile, e permette loro di adattarsi al cambiamento delle circostanze, non essendo assolute nel fondamento. L'unico requisito richiesto è che l'*ijtihad* sia esercitato conformemente ai principi della legge islamica e secondo i fini generali stabiliti dalla stessa (*masaqid*), essendo gli obiettivi ultimi ai quali l'ordinamento islamico aspira. Avendo rispetto di ciò, il legislatore è libero di intervenire in modi diversi, al fine di rispondere alle esigenze della comunità.

La Corte<sup>140</sup> ammette così facendo un margine di manovra per l'adozione di nuove legislazioni, nell'ambito dei principi indefiniti della legge sacra, riconoscendo, come corollario, l'emendabilità di alcune materie, tra cui rientra anche la disciplina sui diritti delle donne e lo statuto personale, il principale ambito in cui sono ravvisabili situazioni di discriminazione perpetuate dal sistema giuridico islamico<sup>141</sup>.

Seguendo il ragionamento della Corte, quindi, le norme sharaitiche non hanno tutte la medesima valenza. Alcune sono definitive e come tali inconfutabili ed

---

<sup>140</sup> Decisione della Suprema Corte Costituzionale del 26 Marzo 1994, in *The Official Gazette*, n. 15 del 14/04/1994

<sup>141</sup> La Corte conferma la costituzionalità della norma che riconosce il diritto al divorzio alla donna in caso di secondo matrimonio del marito (Caso n. 35 del 14 agosto 1994).

immodificabili, ed altre no. Le prime non possono essere messe in discussione da altre fonti, e per tale motivo non è ammesso nel loro ambito l'intervento del legislatore umano per mezzo dell'*ijtihad*, mentre le seconde sono suscettibili di eventuali interpretazioni e, per la loro natura, possono modificarsi a seconda del tempo e dello spazio a cui riferiscono e nel quale trovano applicazione. La legislazione non deve contraddire i principi relativi al primo gruppo, mentre può abrogare le seconde, per mezzo di un successivo *ijtihad* conforme ai principi dell'islam, assicurando l'adattabilità del sistema giuridico alle varie circostanze.

L'*ijtihad*, così, diventa lo strumento che guida verso la scelta della migliore soluzione giuridica applicabile tra le possibili previsioni sharaitiche non aventi un contenuto definitivo. Questa scelta è un processo logico e razionale, finalizzato a dedurre delle regole pratiche per regolare la vita della società e raggiungere gli interessi della stessa.

La questione rilevante da stabilire rimane “quando” e “se” lo *ijtihad* possa essere usato, decisione che è competenza esclusiva della Suprema Corte, la quale avoca a sé l'autorità di stabilire attraverso la sua attività interpretativa quale principio sia da considerare “definitivo” e quale “flessibile” e di conseguenza cosa possa divenire frutto dell'opera legislativa e cosa no. Non è la natura “definitiva” delle norme per sé che viene in rilievo, quanto l'interpretazione che la Corte dà di determinate norme.

Ciò chiarisce perché, secondo la Corte, l'articolo 2 non è una norma “sovra-costituzionale”, ma una disposizione che deve essere letta in armonia con l'intero testo costituzionale, giacché è attraverso l'attività interpretativa che si decide sulla costituzionalità di una legge, qualora la stessa violi il nucleo forte dei principi definiti della legge islamica.

L'articolo 2 non è, quindi, un *Grundnorm*, nel senso kelseniano del termine, ma è un principio che vive con la Costituzione, in connessione con gli altri principi tutelati nella Carta e che deve essere tenuto in considerazione lungo l'attività di interpretazione condotta dalla stessa.

La Corte perviene, così, a due grandi corollari. *In primis*, l'articolo 2 forma unitamente alle altre previsioni costituzionali un tutt'uno organico, per cui il controllo di costituzionalità è tale da assicurare la preminenza delle previsioni costituzionali rispetto a quelle delle altre fonti, garantendo la tutela dei principi

previsti, quali le libertà individuali ed il bilanciamento dei poteri tra le diverse branche; in secondo luogo, la Costituzione impone la compatibilità con i principi islamici alla legislazione nazionale, il che implica la necessità di distinguere quali principi della Legge religiosa possano trovare applicazione per via legislativa, perché non perentorie.

La Corte fa rientrare, tra l'altro, la sua azione nel novero della tradizione islamica, richiamando quei principi sharaitici che riconoscono l'attività di interpretazione quale un segno della benevolenza divina, che incoraggia i musulmani a discutere al fine di diminuire l'errore umano.

Per secoli, i giuristi delle scuole giuridiche si sono interrogati sulla natura dei comandi divini e sui comportamenti che i fedeli musulmani devono compiere per dare adempimento al dettato di Dio, costruendo una teoria islamica cristallizzata nel *fiqh*. Nell'era moderna, spetta ai giuristi contemporanei chiedersi se le assunzioni della teoria classica siano compatibili con le esigenze attuali, per cui la Corte si impone quale istituzione "laica", dedita alla garanzia della Costituzione ed, allo stesso tempo, quale istituzione "sharaitica", alla quale spetta interpretare le fonti della tradizione islamica, garantendo il "dialogo" tra le due materie.

Questo filone interpretativo evidenzia come l'articolo 2 non rappresenti una minaccia per il testo costituzionale, giacché nessuna disposizione può essere isolata dalle altre, a conferma di come la *shari'a*, se considerata in una logica aperta, non sia da ostacolo allo sviluppo di logiche di modernizzazione che possono avvicinare tali sistemi al concetto di *rule of law* tipico dei sistemi occidentali.

### *2.5 La Suprema Corte ed il costituzionalismo egiziano: separazione dei poteri e tutela dei diritti fondamentali*

Come nell'analisi del costituzionalismo turco, anche per il caso egiziano si è voluto focalizzare l'attenzione su una serie di interventi della Corte con i quali è stato rafforzato il sistema costituzionale, sia per quanto concerne il principio di separazione dei poteri, che la tutela giurisdizionale dei diritti e delle libertà fondamentali previsti nell'ordinamento.

#### CAPITOLO IV

La giurisprudenza costituzionale, come visto, è stata il motore trainante del processo di transizione. La stessa ha richiamato, tra l'altro, ai documenti adottati dalla Comunità internazionale, alle Convenzioni regionali od alle giurisprudenze estere quali fonti per l'attività di interpretazione, introducendoli così nell'ordinamento nazionale<sup>142</sup>.

Dal punto di vista metodologico, percorriamo l'analisi riferendo alle disposizioni della Costituzione del 1971, in vigore fino ai primi mesi del 2011, data dell'entrata in vigore dell'attuale sistema transitorio, il quale come molte Costituzioni provvisorie post-rivoluzionarie, non ha accolto molti dei diritti e delle libertà tutelate nel sistema costituzionale preesistente.

L'analisi prende avvio dal principio di separazione dei poteri, la cui disciplina contenuta nella Costituzione del 1971 ha previsto una serie di meccanismi attraverso cui le branche del potere, legislativo ed esecutivo, possono limitarsi e controllarsi, intervenendo nelle rispettive sfere di influenza<sup>143</sup>. Spetta alla Suprema Corte Costituzionale, quale organo cui ricorrere in caso di conflitto di competenza o per dirimere questioni sulla costituzionalità delle leggi, garantire l'ordine democratico che la Costituzione formalmente stabilisce.

Tra le disposizioni costituzionali poste sotto l'attenzione della Corte in questa materia, importante è l'articolo 147 (oggi articolo 59), disciplinante la competenza del Presidente della Repubblica di emettere decreti aventi forza di legge nelle situazioni giustificate dall'emergenza o da estrema necessità e bisogno, in luogo della competenza legislativa riconosciuta al Parlamento.

In questo contesto, storica è la già citata decisione della Corte relativa al caso n. 28 del 4 maggio del 1985, con la quale si ha una pronuncia di incostituzionalità del decreto legge n. 44 del 1979, emendante la legge n. 25 del 1929 in materia di statuto personale. Come già affrontato nel paragrafo precedente, la questione riguarda l'incostituzionalità della norma per contrarietà con l'articolo 2 della Costituzione. Ma essendo stato il decreto n. 44 emanato prima dell'entrata in vigore dell'emendamento costituzionale, la Corte, applicando il principio di irretroattività, non riconosce la

---

<sup>142</sup> Cfr. A.O. SHERIF, *The rule of law in Egypt from a judicial perspective: a digest of the landmark decision of the supreme constitutional court*, in E. COTRAN, M. YAMANI (ed. by), *The rule of law in the Middle East and the Islamic World. Human Rights and the Judicial Process*, London, 2000, pagg. 4-5

<sup>143</sup> Cfr. gli articoli 125 e ss. della Costituzione del 1971

propria competenza, ma valuta la questione sotto il profilo della separazione dei poteri, ed in particolare del superamento delle competenze che la Costituzione attribuisce ai singoli organi che formano l'ordinamento nazionale.

Secondo il quadro stabilito dalla Carta, detentore del potere legislativo è l'Assemblea del Popolo, la quale lo esercita nei limiti stabiliti all'articolo 86. Ciò nonostante sono riconosciuti dei poteri eccezionali al Presidente della Repubblica alla luce dell'articolo 147, legittimato solo nei casi di assenza dell'Assemblea od in casi di straordinaria urgenza tale da avallare un intervento tempestivo. È la straordinarietà della situazione che giustifica l'intervento presidenziale, per cui laddove questo requisito viene meno, qualsiasi azione deve essere considerata in violazione della separazione dei poteri e, quindi, della Costituzione. La materia dello statuto personale non presenta secondo la Corte i caratteri dell'eccezionalità, seppur sia riconosciuta la necessità di procedere con una riforma della materia bloccata alla norma degli anni venti. La "necessità" di rispondere alle nuove esigenze della società non è tale da giustificare l'intervento "tempestivo" presidenziale, per cui la modifica legislativa deve avvenire secondo i termini previsti in Costituzione. Per questi motivi, la norma è dichiarata incostituzionale per contrasto con gli articoli su menzionati.

Con questa decisione, per la prima volta, la Corte limita il ricorso alla decretazione d'urgenza da parte del Presidente della Repubblica, fino a quel momento regola di fatto della legislazione egiziana, stabilendo i requisiti per cui la stessa può trovare applicazione, ripristinando la legittimità costituzionale<sup>144</sup>.

Ancora più rilevante per gli obiettivi di questo studio, è l'analisi della tutela giurisdizionale che la Suprema Corte ha garantito al secondo aspetto del costituzionalismo contemporaneo, la tutela dei diritti<sup>145</sup>. Come si è già detto, la Corte è stata promotrice di una visione armonica tra i principi tutelati in Costituzione concernenti il riconoscimento e la tutela dei diritti con le questioni attinenti la cultura

---

<sup>144</sup> Anche in altri casi la Corte interviene al fine di limitare i poteri dell'esecutivo e garantire il rispetto della Costituzione. Tra questi, il caso n. 131 del 16 maggio 1987, il caso n. 23 del 15 aprile 1989, il caso n.14 del 15 aprile 1989. Cfr. A.O. SHERIF, *Constitutional adjudication*, in N. B. MAUGIRON, B. DUPRET, *Egypt and its laws*, 2002, pagg. 342-343

<sup>145</sup> Per il testo delle sentenze che verranno qui citate, si consiglia di visitare il sito internet della Corte all'indirizzo <http://hccourt.gov.eg/>

sharaitica<sup>146</sup>. La giurisprudenza costituzionale è stata tale da garantire un'adeguata garanzia in materia di tutela dei diritti politici, civili ed economici, delle questioni strettamente attinenti la laicità, così come della sfera privata, tra cui il diritto al matrimonio, a formare una famiglia, a praticare un credo religioso.

Nel primo caso, la Suprema Corte Costituzionale ha provveduto a definire il significato dei diritti alla luce dello spirito della Costituzione, ricercando le vie per il cambiamento della società e limitando i poteri che ostacolano il perseguimento di questo fine. Per quanto concerne, invece, la materia dei diritti e delle libertà riferenti la sfera privata, la giurisprudenza sostanziale si è concentrata sulle questioni che tutelano gli interessi del singolo, rispetto alla garanzia del principio di uguaglianza e delle questioni attinenti la materia religiosa, che qui "controlla" lo statuto personale e che apre a riflessioni sulla natura laica/confessionale del costituzionalismo stesso.

Questa specifica trattazione è però oggetto dell'approfondimento del prossimo capitolo, al quale pertanto si rimanda. In questa parte si propone, piuttosto, una panoramica delle decisioni della Suprema Corte Costituzionale egiziana a mo' di digesto della giurisprudenza della stessa in materia di diritti fondamentali. La selezione dei casi è stata guidata dalla volontà di evidenziare la tensione del massimo organo di giustizia costituzionale in un ordinamento in cui la tradizione islamica condiziona il riconoscimento dei diritti civili, politici, economici e sociali, al fine provvedere ad una garanzia sostanziale delle situazioni soggettive nell'ordinamento stesso.

L'approccio è differente rispetto all'analisi condotta con la giurisprudenza turca, dove l'obiettivo è stato quello di evidenziare in che misura il costituzionalismo accolto è stato tale da orientare le decisioni della Corte, secondo i principi stabiliti nella Carta Costituzionale. In tal caso, invece, è il giudice delle leggi che diventa fautore del costituzionalismo e dell'introduzione di un'impostazione giuridica che si stacca dalla visione tradizionale, tanto da aprire le porte ad un modello di tutela giuridica futura, rientrando tra i modelli costituzionali classici.

---

<sup>146</sup> Cfr. A. M. EL MORR, *Human rights in the constitutional system of Egypt and the other Islamic Countries: International and comparative standards*, in K. BOYLE, A. O. SHERIF (ed. by), *Human rights and Democracy. The role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London, 1996, pagg. 162-215

Si propongono, a tal fine, alcune delle principali decisioni sia in materia di principio di uguaglianza che nelle sfere che riguardano direttamente la tutela delle posizioni soggettive protette in Costituzione<sup>147</sup>.

a) Principio di uguaglianza e di non discriminazione

Il principio trova tutela nell'articolo 40 della Costituzione del 1971 (oggi articolo 6) e definito dalla Corte nel caso n. 2 del 1 febbraio 1992<sup>148</sup>, che riconosce la legittimità di disposizioni che prevedono soluzioni diverse per rispondere a situazioni differenti. La legislazione deve perseguire, secondo il giudice costituzionale, l'interesse pubblico e solo se lede questo fine, la stessa costituisce violazione dell'ordine pubblico in quanto contraria ai principi di equo trattamento stabilito nella Carta. Questo principio generale, così enunciato, trova applicazione in diverse decisioni della Corte. Tra queste il caso n. 106 del 29 giugno 1985<sup>149</sup>, concernente l'ammissione alle istituzioni universitarie e la legittimità della discriminazione basata sul luogo di origine o sui legami familiari. La Corte statuisce come in ambito universitario le uniche discriminazioni che possono essere ammesse sono quelle basate sul merito, seppur delle eccezionalità possano essere previste per favorire situazioni di svantaggio, come la previsione di corsi *ad hoc* per soggetti che si trovino in situazioni particolari. L'articolo 76 della legge regolamentante le università, la n. 49 del 1972, però, garantisce l'ammissione a speciali corsi solo ad un certo numero di studenti, riconoscendo la priorità ai figli dello staff accademico ed amministrativo.

Tali condizioni non giustificano la discriminazione posta in essere nei confronti dei soggetti che non presentano i medesimi requisiti, come è per esempio la previsione di corsi per soggetti selezionati in base al luogo di origine<sup>150</sup>. La norma viola, pertanto, l'articolo 8 della Costituzione che garantisce l'equo trattamento oltre che l'articolo 40 che, tutelando il principio di uguaglianza, riconosce trattamenti differenziati solo per soggetti che si trovino in situazioni differenti. La selezione in base ai legami di

---

<sup>147</sup> Le fonti per i testi delle decisioni della Corte utilizzati nel capitolo sono “*Supreme Court Decision Collection*” (SCDC) dall'arabo “*Magmouat Ahkam Wa Kararat al Mahkama Al Olia*” e “*Supreme Constitutional Court Decision Collection*” (SCCDC) dall'arabo “*Magmouat Ahkam Wa Kararat al Mahkama Al Destoria Al Olia*”. Alcune sono ancora pubblicate nella *Official Gazette* o *El-Gareda El Rasmeia*.

<sup>148</sup> In *Supreme Constitutional Court Decision Collection* (SCCDC), vol. 5, par. 1, pag. 142

<sup>149</sup> In *Supreme Constitutional Court Decision Collection* (SCCDC), vol. 3 pag. 229

<sup>150</sup> Il riferimento è qui alle popolazioni provenienti dal Deserto del Sahara.

sangue non rientra in questa casistica, motivo per cui la Corte dichiara l'incostituzionalità della norma impugnata poiché contraria al quadro costituzionale vigente<sup>151</sup>.

Medesima tutela è garantita nel caso n. 23 del 8 maggio 1985<sup>152</sup>, laddove la Corte è investita del giudizio di costituzionalità riguardante l'articolo 73 comma 6 del decreto n. 47 del 1972, disciplinante l'ordinamento del Consiglio di Stato, ed in particolare le regole alle quali i magistrati che lo compongono devono attenersi.

La norma impone, nello specifico, la limitazione nella scelta del partner per i membri dell'organo, per i quali è vietato prendere in moglie una cittadina non egiziana, e per questo ritenuta in violazione del principio di uguaglianza protetto in Costituzione. La parte ricorrente, membro del Consiglio di Stato, avendo sposato una donna straniera, è, così, trasferita presso un altro organo giudicante, al fine di poter proseguire con la professione. Sentendosi leso nei suoi diritti, però, lo stesso impugna il decreto innanzi alla giustizia amministrativa, la quale sospende il giudizio e rimette la questione alla Suprema Corte Costituzionale. Quest'ultima riconosce come ogni singolo abbia il diritto di formarsi una famiglia e la libertà di scelta del partner. La protezione del matrimonio non è sancita direttamente nella Costituzione egiziana, ma la stessa rientra nella generale tutela che il costituente ha riservato alla

---

<sup>151</sup> La Corte ritorna sulla questione nel caso numero 40 del 3 settembre 1995 (in *Official Gazette* n. 37 del 14 settembre 1995) in materia di contributi alle istituzioni private, in cui il padre di tre studenti di una scuola privata si rivolge alla Corte sostenendo di aver subito una discriminazione in materia di contributi per la copertura medica dei suoi figli, iscritti ad un istituto privato ex articolo 3 della legge n. 99 del 1992. La disposizione stabilisce un esborso più alto per gli studenti di scuole private rispetto ad altri istituti, creando una discriminazione tra gli studenti di scuole private e quelli iscritti presso istituzioni pubbliche e private sovvenzionate dallo Stato. La Corte ricorda come l'educazione sia un diritto-dovere dello Stato e che la Costituzione prevede l'istituzione di un sistema educativo integrato capace di migliorare le condizioni del singolo e, quindi, della società nel suo insieme. Da ciò ne consegue che il diritto all'educazione non può essere limitato attraverso la previsione di formalità maggiori per determinati studenti che non siano correlate con le finalità che l'istruzione persegue. La convinzione che gli studenti iscritti ad una scuola privata non sovvenzionata dallo Stato abbiano capacità finanziarie maggiori di contribuire al sistema sanitario è una discriminazione che tocca la salute degli stessi, da ritenersi in violazione della Costituzione, in base al principio di uguaglianza ma anche al diritto alla salute, che la Carta riconosce in egual misura a tutti i cittadini. La Corte riferisce tra l'altro ad alcune importanti Convenzioni internazionali alle quali fa rimando, tra cui l'articolo 26 della Dichiarazione Universale dei diritti umani, l'articolo 13 del Patto Universale sui diritti economici, sociali e culturali, la Convenzione UNESCO contro le discriminazioni in materia di educazione del 14 dicembre 1960, il protocollo n. 1 della CEDU e l'articolo 17 della Carta Africana sui diritti umani e dei popoli, un richiamo questo con cui rafforza la tendenza all'introduzione di documenti giuridici internazionali nell'ordinamento nazionale.

<sup>152</sup> In *Official Gazette*, n. 14 del 6 aprile 1995

libertà personale, tra cui anche all'istituzione familiare<sup>153</sup>, oltre ad essere riconosciuta anche dalla *shari'a* e da una serie di convenzioni e trattati internazionali, ai quali lo stesso Egitto ha preso parte, quali la CEDAW od i Patti Internazionali per i diritti civili e politici del 1966.

La Corte dichiara, pertanto, la violazione dell'articolo 40 (oggi 6) della Costituzione nella parte della norma che impone in capo agli appartenenti all'organo di giustizia amministrativa degli obblighi discriminatori rispetto agli altri cittadini, per i quali le stesse imposizioni non sono previste.

b) Diritti politici

La Corte interviene con diverse sentenze in materia di tutela dei diritti politici riconosciuti in Costituzione<sup>154</sup>, sancendo il diritto di voto di tutti i cittadini e la libertà di partecipazione alla vita politica attraverso la partecipazione partitica. La Costituzione del 1971 riconosce all'articolo 62 il diritto di voto, così come il diritto di esprimere la propria opinione in occasione di referendum, secondo la statuizione "*la partecipazione alla vita pubblica è un dovere nazionale*", disposizione che ingloba il principio di uguaglianza, per cui *tutti* i cittadini hanno l'obbligo morale alla partecipazione politica senza discriminazione alcuna<sup>155</sup>.

Come nel caso turco, anche la giurisprudenza della Corte costituzionale egiziana si occupa in materia della questione della costituzionalità dei partiti e della possibilità di escludere la loro attività in quanto considerata anti-sistema, con riferimento al contenuto della libertà di partecipazione partitica.

Nel caso n. 56 del 21 giugno 1986<sup>156</sup> la Corte è chiamata a dare un giudizio di costituzionalità sull'articolo 4 della legge n. 33 del 1978, il quale in materia di sicurezza e mantenimento della pace impone la limitazione alla partecipazione ed all'iscrizione in partiti politici a tutti i cittadini che abbiano "*corrotto la loro condotta politica*" prima della rivoluzione del 1952 o che abbiano partecipato

---

<sup>153</sup> La Costituzione del 1971 stabiliva direttamente la tutela della famiglia all'articolo 9. Questa previsione non è confluita nell'attuale Costituzione provvisoria, stante la sua natura di carta "post-rivoluzionaria" che riconosce *in primis* quelle libertà "dallo Stato", ma nei quali si può indirettamente far rientrare anche la materia della tutela diritti attinenti alla vita "privata".

<sup>154</sup> Cfr. A. M. EL-MORR, A.O. SHERIF, *Democratic participation*, in K. BOYLE, A.O. SHERIF (ed. by), *Human rights and Democracy. The role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London, 1996, pagg. 75-84

<sup>155</sup> Il diritto di voto è confermato anche nella nuova Costituzione provvisoria a partire dall'articolo 3 che riconosce il principio della sovranità popolare.

<sup>156</sup> In *Supreme Constitutional Court Decision Collection (SCCDC)*, vol. 3, pag. 353

attivamente alla stessa, al fine di colpire gli oppositori al sistema politico. La Costituzione tutela la formazione dei partiti politici nell'articolo 5, dove prevede la tutela del sistema multi-partitico, rafforzata dal citato articolo 62. In forza della lettura combinata di queste disposizioni, la Corte riconosce la contrarietà alla Costituzione della norma impugnata, sia perché viola il diritto dei singoli di partecipare attivamente alla vita pubblica della nazione, e sia perché limita la formazione di un sistema multi-partitico, inteso quale forma di espressione degli orientamenti esistenti nella comunità politica e sociale.

Ancora, la Corte si occupa della materia della partecipazione politica nella sentenza relativa al caso n. 23 del 15 aprile 1989<sup>157</sup>, in cui è chiamata ad esaminare la costituzionalità dell'articolo 8 della legge n. 120 del 1980, in materia di diritto alla candidatura al Consiglio della *Shura*, la Camera alta del Parlamento egiziano alla quale la Costituzione riconosce competenze "consultive" nelle materie rilevanti per la vita della comunità. Secondo la norma, solo chi è affiliato ad un partito politico può essere eletto al Consiglio, condizione che deve essere accertata dal Ministero dell'Interno, con la conseguente esclusione dei candidati indipendenti.

La Corte dichiara l'incostituzionalità della norma, ricordando come il sistema costituzionale egiziano vieti qualsiasi forma di discriminazione del diritto di voto, così come della libertà di partecipazione politica, riconosciuto indipendentemente dal sesso, religione o razza. Secondo la Corte la norma è contraria all'articolo 5, che impone che il sistema politico sia formato intorno alle regole del multi-partitismo e che ingloba anche la formazione di indirizzi sganciati da partiti politici e quindi indipendenti. Per cui, una norma che riconosce solo a chi sia iscritto ad un partito politico il diritto di essere eletto, escludendo i candidati indipendenti e non affiliati ad una organizzazione partitica, è incostituzionale per contrarietà all'articolo 62 della Costituzione del 1971<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> In *Supreme Constitutional Court Decision Collection (SCCDC)*, vol. 4, pag. 205

<sup>158</sup> La questione è oggetto ancora del controllo di costituzionalità della Corte nel caso n. 37 del 19 maggio 1990 (in *Supreme Constitutional Court Decision Collection – SCCDC*- vol. 4, pag. 256), quando la Suprema Corte Costituzionale si occupa della questione dei trattamenti preferenziali riconosciuti agli iscritti ad un partito, rispetto ai candidati indipendenti, nella formazione della Assemblea del Popolo. Il caso concerne la costituzionalità dell'articolo 3 comma 1 e l'articolo 5 della legge n. 188 del 1986, emendante la legge n. 38 del 1972 sulla legislazione elettorale. Questa divide la Repubblica in 48 distretti elettorali, ognuno dei quali eleggente fino a 400 deputati. Due differenti sistemi elettorali sono previsti per ogni distretto. Secondo il primo, ogni distretto attribuisce il seggio elettorale ad un candidato di un partito politico od al candidato indipendente che ottiene la

Questa sentenza può trovare applicazione anche in materia delle discriminazioni politiche subite dalle donne, alle quali, come visto, la Costituzione riconosce pieno diritto di voto, seppur la lettura combinata con l'articolo 40 ne riveli una contraddizione. Sebbene sia riconosciuto il principio di uguaglianza per tutti i cittadini, infatti, non accoglie tra le cause di esclusione delle discriminazioni la materia del sesso, con le implicazioni in materia di discriminazione che vedremo.

c) Diritti civili

Anche sotto il versante delle tutele riservate ai diritti civili la Corte è più volte intervenuta al fine di proteggere la legittimità costituzionale. Tra le questioni che sono state sottoposte all'attenzione della Corte rientra, come in tutti i sistemi costituzionali vigenti, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà cioè di rendere pubbliche le proprie idee e diffonderle, e come tale presupposto di ogni democrazia e pietra angolare di ogni sistema costituzionale maturo, in quanto indice di democraticità dello stesso. Questa assume ancora più rilevanza nel contesto egiziano, dove da sempre il potere è esercitato in forma autocratica con la conseguente limitazione della libertà di espressione dei gruppi.

La Corte è investita più volte di giudizi di costituzionalità in materia di libertà di espressione e di manifestazione del proprio pensiero<sup>159</sup>. La Costituzione provvisoria oggi stabilisce all'articolo 12 che la libertà di opinione è diritto appartenente ad ogni singolo così come, nel secondo comma, statuisce la libertà di critica, intesa come una delle condizioni per la salvaguardia della unità nazionale. Questa però non deve mai scemare nell'ingiuria e nella diffamazione, considerati crimini contro l'onore.

---

maggioranza dei voti. Il secondo, invece, risponde alle regole di un sistema proporzionale, assegnando i seggi rimanenti ai candidati facenti parte di partiti politici in proporzione ai voti ottenuti. Il sistema mira, quindi, a garantire la governabilità attraverso la regola maggioritaria e la rappresentanza con il sistema proporzionale, ma si traduce nei fatti in un pregiudizio nei confronti dei candidati indipendenti, che non hanno possibilità di accedere secondo il secondo criterio selettivo, violando il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di partecipazione politica tutelato in Costituzione. Secondo la Corte, la Costituzione riconosce il diritto alla partecipazione di tutti i cittadini, fondando su di questo il principio della giustizia, della libertà e della pace sociale. Per cui, qualsiasi atto contrario a questa disposizione deve essere considerato incostituzionale. L'esercizio del diritto di voto attivo e passivo non può essere limitato ad una particolare classe di individui, in quanto tutti i cittadini sono liberi di partecipare senza alcuna restrizione.

<sup>159</sup> Cfr. Y. ALASHMAWY., A.O. SHERIF, *Freedom of Expression*, in K. BOYLE, A. O. SHERIF (ed. by), *Human rights and Democracy. The role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London, 1996, pagg. 129-135

#### CAPITOLO IV

La materia è oggetto del caso n. 37 del 6 febbraio 1993<sup>160</sup>, concernente la libertà di critica all'operato di un ufficiale pubblico che abbia dimostrato di aver agito in *bona fide*. L'articolo 302 comma 1 del Codice Penale definisce il reato di diffamazione come l'attribuzione di un'azione ad un'altra persona, dalla quale ne consegue un'azione penale nei confronti di colui che lo abbia commesso. Il secondo comma dell'articolo, prevede una condizione di eccezionalità nei confronti del pubblico ufficiale per il quale la punibilità non può essere riconosciuta se prova di essere stato in buona fede al momento della commissione del fatto, nei limiti delle responsabilità pubbliche allo stesso riconosciute, entro cinque giorni dall'avvio della procedura o dalla notifica della Corte Penale competente, *ex* articolo 123 del Codice di Procedura Penale. In assenza di ciò, il diritto decade.

Nel caso in oggetto, l'ufficiale pubblico sostiene di essere stato diffamato, ma di non aver potuto provare la sua innocenza oltre i cinque giorni ammessi dalla norma impugnata, violando così il diritto alla difesa tutelato in Costituzione. La Corte riconosce in prima lettura come tale circostanza appaia contraria al diritto di difesa *ex* articolo 69 della Carta, in quanto il termine di cinque giorni previsti come *deadline* rappresenta una restrizione del diritto di provare la propria innocenza. Al contempo, però, la Corte chiarisce come il termine sia imposto al fine di dare certezza nello svolgimento dell'attività posta in essere dal funzionario pubblico, per cui se questo ultimo non si attiva prontamente, non solo tradisce la fede pubblica nell'istituzione, ma il cittadino ha il diritto-dovere di ritenerlo responsabile, e pertanto di criticarlo, quale forma di manifestazione del proprio pensiero.

Nel suo ragionamento la Corte precisa come in qualsiasi democrazia rappresentativa, i rappresentati hanno il diritto di manifestare il proprio dissenso in caso di cattivo operato dei rappresentanti, in modo che la loro azione torni ad essere improntata ai principi della rappresentatività stessa. Alla luce di queste considerazioni, delle peculiarità del sistema democratico egiziano e dell'esigenza di garantire un bilanciamento tra i principi previsti dal dettato costituzionale, tra cui la tutela della libertà di manifestazione del proprio pensiero, la Corte decide per il rigetto della questione di costituzionalità. Così facendo riconosce la legittimità del diritto individuale di critica quale situazione rientrante nella libertà di espressione anche nei

---

<sup>160</sup> In *Supreme Constitutional Court Decision Collection (SCCDC)*, vol. 5 part 2, pag. 183

confronti dell'operato degli appartenenti al corpo statale. Nel far ciò, conferma anche il limite dei cinque giorni quale tempo utile per provare l'innocenza della propria posizione, tutelando così anche il sistema penale vigente nell'ordinamento nazionale<sup>161</sup>.

La materia dei diritti e delle libertà civili è trattata anche con riferimento ad una questione citata in occasione dell'approfondimento sulla giurisprudenza turca, il cui esame è fondamentale per rendere la misura attraverso cui la tutela dei diritti ed il principio di uguaglianza è garantito negli ordinamenti oggetto di questo studio. Si fa riferimento alla questione del velo<sup>162</sup>, una delle materie più controverse e più sentite dall'opinione pubblica nazionale e internazionale in tema di libertà di religione e di equo trattamento tra uomo e donna. La stessa è trattata nel prossimo capitolo, ma è qui richiamata per sottolineare come la materia rientri tra i casi trattati dalla Corte egiziana, la quale ha assunto il velo non quale simbolo a garanzia dell'ordinamento laico, come è nel caso turco, ma ha trattato la questione bilanciando i valori protetti in Costituzione, quali il richiamo alla legge islamica, la libertà di religione e le esigenze di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, tale da aprire a nuove situazioni di tutela per i singoli.

La Corte approva la limitazione all'uso del velo integrale, il *niqab*, giustificando la sua decisione alla luce dell'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, facendo rientrare la questione nel quadro della legittimità costituzionale, senza inficiare quanto disposto dalla legge islamica.

#### d) Diritti economici e sociali

La Corte si occupa, infine, con riferimento ai diritti economici e sociali di tutelare il diritto alla proprietà privata, intesa quale il prodotto dell'attività individuale che

---

<sup>161</sup>Rientra tra le questioni trattate dalla Corte in materia di libertà di espressione il caso n. 44 del 7 maggio 1988 (in *Supreme Constitutional Court Decision Collection – SCCDC-*, vol. 4 pag. 88) che riconosce il diritto di critica quale forma di espansione della manifestazione del pensiero, ed il caso n. 25 del 3 luglio 1995 (in *Official Gazette* n. 29 del 20 luglio 1995), in cui la libertà espressione è riferita alla materia della libertà di pubblicazione, alla questione dei reati di opinione ed alla conseguente corresponsabilità del redattore di un giornale e del Presidente del partito a cui la testata giornalistica è legato. In questa ultima sentenza, la Corte richiama il caso *Ligens Vs Austria* (in *ECHR Reports*, giudizio del 8 luglio 1986), avente ad oggetto la libertà di espressione tutelata all'articolo 10 della CEDU, in cui la Corte Europea definisce la libertà in oggetto una libertà fondamentale per la vita di una società democratica in quanto rispondente ad un pubblico interesse, per cui qualsiasi restrizione deve essere realizzata seguendo lo spirito del pluralismo che caratterizza le moderne democrazie. Qualsiasi forma di interferenza con le opinioni altrui deve essere ben giustificata al fine di non ledere il diritto all'onore ed alla reputazione dei terzi.

<sup>162</sup>Caso n. 8 del 18 maggio 1996

incentiva il progresso personale e quindi umano. La materia è qui analizzata con riferimento alla questione delle espropriazioni pubbliche. La Costituzione del 1971 ha proibito le nazionalizzazioni se non per pubblico interesse all'articolo 35, bloccando le confische e permettendo le stesse solo a seguito di procedimento giudiziale (articolo 36). La Suprema Corte dichiara, pertanto, l'incostituzionalità dell'acquisizione di proprietà privata per la quale non sia prevista un'adeguata forma di compensazione da parte dello Stato. Così nel caso n. 3 del 25 giugno 1983<sup>163</sup>, è trattata la costituzionalità della legge n. 104 del 1964, che nell'articolo 1 disciplina la materia delle espropriazioni dei terreni agricoli a favore dello Stato in attuazione del decreto legge n. 178 del 1952 e della legge n. 127 del 1961. Tali norme disciplinano le regole per la ricompensa di terreni espropriati, alla luce del principio di solidarietà sociale suggellato nell'articolo 7 della Costituzione. Tuttavia, la Corte stabilisce come la normativa non contempra il trasferimento della specifica categoria dei terreni "coltivati" allo Stato, i quali non possono essere posti sullo stesso piano dei terreni senza frutto, per i quali la mancata previsione di una ricompensa in proporzione alla perdita del profitto è contraria alla Costituzione, ed in particolare agli articoli 34 e 36 della stessa. La legge n. 104 del 1964 non può essere giustificata in base a considerazioni di natura politica, in quanto l'appropriazione pubblica di terre coltivate superiore ai limiti consentiti configura un'espropriazione che oltrepassa quanto previsto dalla legge, e che contraddice il principio costituzionale di tutela della proprietà privata. Questa espropriazione è ancora di più una violazione costituzionale se non è accompagnata dalla giusta ricompensa. Per cui, una norma che si pone contro questi principi non può che essere considerata incostituzionale.

Questa disamina evidenzia come la Suprema Corte Costituzionale attraverso la sua giurisprudenza si sia impegnata a rafforzare i valori del costituzionalismo nell'ordinamento egiziano, nonostante i richiami che la Costituzione fa alla tradizione islamica, individuando la via per garantire una visione armonica tra i principi e la strada per rafforzare i principi sanciti nella Carta.

Se comparata con la giurisprudenza della Corte turca si evince come, a differenza di questa ultima che ha mantenuto un atteggiamento di *self restraint*, la Corte egiziana sia stata più liberale ed in qualche modo più consona ad un modello che si voglia

---

<sup>163</sup> In *Supreme Constitutional Court Decision Collection (SCCDC)*, vol. 2, pag. 155

definire costituzionale, non soltanto introducendo con la propria giurisprudenza nuovi principi nell'ordinamento costituzionale, ma provvedendo anche ad aprirsi alle giurisprudenze straniere al fine di rafforzare il proprio ruolo di garante dell'ordine giuridico previsto in Costituzione.

Almeno da questo punto di vista, la giustizia egiziana è da considerare rispondente ad un modello che si possa definire costituzionale, circostanza da ravvisare nella tensione alla garanzia dei principali diritti civili, politici ed economici, e che questa analisi ha cercato di affrontare, attraverso l'approfondimento su una serie di questioni care alla materia costituzionale, seppur l'azione della Corte non si sia mai posta in opposizione alla fonte legislativa alla quale la Costituzione richiama, e che ha fondamento nell'impianto giuridico tradizionale di derivazione sharaitica.

### *3. Riflessioni conclusive*

L'approfondimento dei due modelli costituzionali è stato incentrato sul differente sentire circa il rapporto tra lo Stato e la religione, sia nell'evoluzione che il costituzionalismo ha qui subito, che nella giurisprudenza delle rispettive Corti Costituzionali, concentrate a giustificare i principi su cui i rispettivi ordinamenti, laico e confessionale, si sono costruiti.

L'analisi ha evidenziato come si tratti di due sistemi in cui la transizione costituzionale non è stata effettivamente completata, a causa dell'incapacità di superare i limiti che una lettura tradizionale del sistema ha imposto. Indubbiamente le recenti riforme costituzionali approvate devono essere considerate come ulteriori tappe nel processo di transizione, ma in entrambe le esperienze non sembra essere ancora presente una totale volontà di rinuncia ai valori della tradizione giuridica, che continua a condizionare tali ordinamenti nel loro complesso.

È interessante notare come in entrambi i casi il riferimento al religioso sia stato posto tra i "principi fondamentali dell'ordinamento", e nello specifico all'articolo 2, seppur, in un caso, nel senso di estromissione, e nell'altro, in termini di accoglienza, a maggiore evidenza della rilevanza che la materia occupa in queste aree giuridiche.

In questa affermazione, rileva il ruolo massimo assunto dalle Corti Costituzionali nel tutelare il sistema giuridico accolto, le quali sono divenute l'espressione massima del

costituzionalismo qui sviluppato e della modalità di protezione e tutela dei principi a cui lo stesso aspira, tanto da superare l'inerzia del potere legislativo. L'approfondimento condotto ha evidenziato come in entrambi gli ordinamenti ci siano stati vuoti legislativi, stante l'incapacità delle Assemblee Nazionali di sostenere la transizione costituzionale, in un sistema troppo spesso dominato da forze anti-democratiche, quali le burocrazie militari.

Sia nel caso turco che in quello egiziano, la forza dell'esercito ha definito le principali vicende nazionali, rallentando il processo di transizione. Ciò ha comportato, nel primo caso, un sostegno ad un modello "laico" che si è tradotto, nella realtà, in un "controllo" dall'alto, che non ha dimostrato essere paradigma di una democrazia costituzionale sostanziale, e nel secondo in un appoggio alle forze più tradizionali e conservatrici.

In queste circostanze, le Corti hanno preservato il sistema e garantito la sua evoluzione. Così, nel caso turco la giurisprudenza della Corte è arrivata ad aprirsi ai principi della democrazia costituzionale europea ed internazionale, e nel caso egiziano il giudice delle leggi ha evidenziato una tensione alla tutela dei principi della Costituzione, seppur senza bypassare il principio che impone la necessaria conformità alla legittimità islamica.

Sebbene tendenzialmente antitetiche, le due letture costituzionali qui approfondite danno l'idea di come gli elementi delle due culture, occidentale ed islamica, abbiano condizionato lo sviluppo del costituzionalismo accolto. Ciò a dimostrazione di come questo ultimo, seppur formalmente importato, non sia stato sottoposto ad un processo di legittimazione culturale, oltre che giuridica, tale da abbandonare la modalità di gestione autocratica del potere che ricorre all'islam al fine di legittimare la limitazione delle libertà altrui.

È necessario, dunque, richiamare a nuove riforme capaci di avanzare nel processo di transizione costituzionale, ed in questo senso emblematica è la fase che l'Egitto sta affrontando, dalla quale potranno essere valutate le eventuali svolte in senso democratico o autoritario.

Questo quadro è significativo nel proseguo dell'analisi che affronterà la questione dei diritti ed in particolare della condizione giuridica della donna. La tutela dei diritti è un elemento con cui approfondire il livello a cui il costituzionalismo è bloccato, e lo

## IL MODELLO COSTITUZIONALE DEGLI ORDINAMENTI DELL'AREA MEDITERRANEA

statuto personale è l'ambito in cui la relazione tra fonte del diritto umana e fonte divina, che caratterizza questi sistemi, viene maggiormente alla luce, tanto da divenire lo spazio attraverso cui valutare i futuri sforzi che questi ordinamenti sapranno o vorranno avviare.

## CAPITOLO V

### LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLA DONNA NELL'ISLAM

Nei capitoli precedenti è stata affrontata la materia del costituzionalismo islamico e la modalità in cui lo stesso è stato accolto negli attuali ordinamenti dell'area arabo-mediterranea. In questo capitolo si fa un passo in avanti e ci si sofferma su uno dei due elementi della teoria costituzionale classica, la tutela dei diritti, da sempre *driver* per analizzare il livello di accoglimento di tale modello, qui analizzato con particolare attenzione alla questione della condizione giuridica della donna e della sfida che la stessa rappresenta nella costruzione di un diritto musulmano egualitario.

Il tema del “se” l'islam tuteli i diritti delle donne e garantisca il principio di uguaglianza e non discriminazione basato sul sesso è al centro dell'attenzione del dibattito giuridico e sociale internazionale ormai da anni. In questa disputa, gli ordinamenti islamici rappresentano la posizione più tradizionale, considerata la forte tendenza alla discriminazione dell'universo femminile quale conseguenza dell'impostazione confessionale dello Stato e quindi della prevalenza della legge sacra nei rispettivi ordinamenti<sup>1</sup>.

Come visto nell'ultimo secolo la maggior parte degli ordinamenti musulmani, dotandosi di Carte costituzionali sul modello europeo-occidentale, hanno avviato un processo di “secolarizzazione” del sistema istituzionale con il quale certi principi giuridici, tra i quali la tutela dei diritti ed il principio di uguaglianza formale, sono stati importati. Nonostante ciò, la maggioranza di tali sistemi ha continuato a riconoscere la *shari'a* quale fonte della legislazione nazionale, condizionando quella materia del diritto che da sempre ha risentito della forza della tradizione, quale lo statuto personale, seppur in un contesto di fonti “secolari” che hanno modificato l'essenza della *shari'a* nel suo contenuto più classico<sup>2</sup>. In questo quadro si inserisce la questione dei diritti delle donne nell'islam.

Generalmente, quando si parla di diritti delle donne nei paesi sviluppati, ci si riferisce ai diritti politici e di partecipazione a livello avanzato, come per esempio quella nelle

---

<sup>1</sup> Cfr. N. TOHIDI, *Women's rights in the Muslim world: the universal-particular interplay*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, vol. 1, n. 2, 2003, pagg. 152-188

<sup>2</sup> Cfr. F. CASTRO, *Sistema sciaraitico, siyasa shari'yya e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei Paesi del vicino oriente*, in A. BAUSANI, A. AMORETTI SCARCIA, *Il mondo islamico tra interazione e acculturazione*, Roma 1981, pagg. 165-202

istituzioni politiche; nei paesi in via di sviluppo, invece, tra i quali rientrano le recenti democrazie o gli Stati che hanno avviato un processo di transizione democratica, la locuzione “diritti delle donne” denota lo “spazio” riservato alle stesse, spesso caratterizzato dalla dicotomia pubblico/privato<sup>3</sup>, come è nel caso dell'islam<sup>4</sup>. L'universo femminile, così, coincide con la sola istituzione familiare, condizione che svuota il contenuto del principio di uguaglianza spesso sancito a livello costituzionale, nonostante i tentativi di riforma introdotti dalle legislazioni contemporanee dell'area. È nel diritto di famiglia classico, che include la regolamentazione del matrimonio, del divorzio e delle successioni, infatti, che si riflette l'idea coranica della condizione femminile, tantoché l'analisi non può prescindere dall'approfondimento dello stesso per come sviluppato negli odierni sistemi costituzionali.

L'analisi dei diritti della donna nell'islam e della istituzione familiare, attraverso l'esame della tradizione classica e delle normative previste nelle odierne legislazioni, diventa, quindi, preconditione per valutare l'effettività del principio di eguaglianza accolto dalle principali Costituzioni dell'area e nella giurisprudenza rilasciata dalle Corti poste a garanzia della Carta costituzionale stessa.

Da non sottovalutare è la spinta internazionalistica alla tutela garantita dalla *Convenzione internazionale per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne* (CEDAW) del 1979, alla quale la maggioranza degli Stati dell'area hanno preso parte, pur apponendo delle riserve in virtù della specificità islamica. La CEDAW costituisce un importante terreno, invero, su cui far leva per avanzare riforme in senso “paritario” tra quanto riconosciuto all'uomo ed alla donna.

Dal punto di vista metodologico, pertanto, la questione giuridica della donna nell'islam è qui sviluppata tenendo conto del binomio diritto/spazio pubblico/privato, in cui la sfera del “pubblico”, è approfondita nella prospettiva costituzionale ed internazionale, mentre quella “privata” traduce la trattazione del diritto di famiglia e del *personal law* che, benché di carattere non pubblicistico, per le premesse qui avanzate riveste una posizione centrale per comprendere il ruolo assegnato dall'islam

---

<sup>3</sup> Cfr. A.B. SHAFIQ, *Women in Islam: a study on economic emancipation*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 50, n. 2, 2006, pagg. 256-277

<sup>4</sup> Cfr. H. I. ACAR, *Islam, Woman and Politics*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 54, n. 2, 2010, pagg. 123-140

giuridico alla donna. Si tratta di normative che quasi sempre rappresentano l'incontro di esigenze socio-culturali e di interpretazioni giuridiche modellate dagli uomini, per cui i principi originari dei testi sacri sono stati spesso trasformati dalle condizioni sociali, storiche e culturali dei luoghi stessi.

Dopo un'introduzione sulla condizione della donna nella tradizione classica e sui riferimenti esistenti nel Corano, ci si concentrerà così sul diritto di famiglia in *strictu sensu*, attraverso un *excursus* che lega la disciplina classica, di origine sharaitica, con le riforme adottate nei sistemi giuridici islamici, focalizzando in particolar modo l'attenzione sui casi studio scelti in tale lavoro, l'Egitto e la Turchia, e sulle riforme adottate dalle rispettive legislazioni nazionali. Si tratta di due soluzioni distinte, attraverso cui cogliere il pluralismo delle soluzioni adottate in materia familiare e quindi della diversa posizione giuridica riconosciuta alla donna stessa.

La trattazione cercherà in particolare di evidenziare come la compresenza di una legislazione dello Stato ed il mantenimento della legge islamica determini una situazione peculiare, in cui la sopravvivenza delle interpretazioni forgiate dai giuristi del medioevo islamico condizionano e limitano ancora oggi i diritti costituzionalmente riconosciuti e regolamentati dalle odierne legislazioni<sup>5</sup>.

La normativa in tema di statuto personale permette, infatti, di cogliere la specificità dell'ordinamento turco, a metà strada tra un sistema democratico ed un sistema in cui la forza della tradizione è ancora forte e la posizione dell'Egitto, ordinamento poliedrico capace di far convivere la legislazione nazionale di fonte secolare con una legislazione divina, grazie alla mediazione dell'organo preposto alla garanzia della giustizia costituzionale.

Il diverso sentire sul costituzionalismo si evidenzia, invero, nella comparazione della giurisprudenza avanzata dalle Corti su specifici temi qui selezionati, attraverso cui cogliere la misura in cui la tradizione giuridica è tale da limitare l'applicazione sostanziale di uno dei principi fondamentali del costituzionalismo contemporaneo, quali la tutela del principio di eguaglianza. Il riferimento alla normativa internazionale, infine, dà spazio a maggiori riflessioni sulle possibilità di

---

<sup>5</sup> Tra tutti, Fatema Mernissi ricorda come l'uguaglianza tra i sessi sia contemplata dall'islam, ma come tale condizione sia stata messa da parte dalle forze conservatrici, alle quali ancora oggi non giova riconoscere uno status di uguaglianza tra uomo e donna. Cfr. F. MERNISSI, *Beyond the Veil: male-female dynamics in modern Muslim society*, London, 1987

convergenza tra i due sistemi di diritto, in quanto l'individuazione dei punti di incontro rappresenta il punto da cui partire per analisi future che riguardano l'accoglimento del modello giuridico costituzionale e, per quello che interessa questa parte, la diretta tutela giuridica per le donne islamiche.

*1. La donna ed il dilemma islamico. Uguali davanti a Dio e diverse rispetto agli uomini*

Per comprendere la posizione ricoperta dalla donna nell'islam bisogna partire dal quadro che della stessa e dei rapporti inerenti ad essa è stato delineato nelle fonti sacre e giuridiche dell'ordinamento islamico, *in primis* nel Corano, per arrivare ad analizzare come l'elemento storico/sociale/culturale sia stato un fattore determinante nella costruzione giuridica che ne è stata fatta.

Non c'è dubbio che l'avvento dell'islam abbia riconosciuto alla donna una condizione più favorevole rispetto all'epoca ad esso precedente, la *jahilliya*, letteralmente "epoca dell'ignoranza"<sup>6</sup>. Il Corano ha suggellato un'eguaglianza ideale tra uomo e donna che si è tradotta nel riconoscimento di pari diritti e doveri e nel concetto di giustizia<sup>7</sup>. Ma è vero anche che, in questo processo di miglioramento, l'islam non ha provveduto a stabilire un ordine sociale e politico in cui potesse essere tradotto quel principio di eguaglianza previsto dalla rivelazione, ma al contrario ha lasciato spazio ad un sistema in cui l'uomo ha continuato a predominare sulla donna nella sfera socio-economica e politica, secondo le regole vevoli all'epoca del profeta, tanto da influenzare il carattere universale e perenne della nuova dottrina<sup>8</sup>.

Così all'eguaglianza suggellata nel Corano, è corrisposta un'ingiustizia riprodotta nel *fiqh*, il quale, riflettendo la realtà storica, sociale e politica del tempo, ha riportato sul piano giuridico le discriminazioni previste in quello sociale. Se considerato nel solo contenuto etico, invero, il Corano non stabilisce alcuna discriminazione tra uomo e donna, seppur vi sia un numero esiguo di versi in cui è sostenuta la tesi della

---

<sup>6</sup> L'avvento dell'Islam ha dato nuovo slancio alla posizione della donna rispetto alla *jahilliya*, quando la stessa costituiva "proprietà" del marito e come tale completamente assoggettata alla sua volontà. Cfr. G. VERCELLIN, *Tra veli e turbanti*, Venezia, 2002, pag. 140

<sup>7</sup> Cfr. M.E. BARI, *Human rights in Islam with special reference to women's rights*, in *The Dhaka University Studies*, vol. 5, 1994, pag. 12

<sup>8</sup> Cfr. S.S. ALI, *Women's Human Rights in Islam: Towards a theoretical framework*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 3, 1996, pagg. 117-152

superiorità del primo sulla seconda<sup>9</sup>. È stata, infatti, l'attività di interpretazione operata dai primi giuristi dell'islam a favorire quegli aspetti del Corano poggiati su una condizione storicamente accettata, cristallizzando la reclusione della figura femminile al solo spazio privato<sup>10</sup>.

D'accordo con Esposito<sup>11</sup>, la materia giuridica della donna può essere compresa partendo dalla gerarchizzazione delle norme che il Corano ha stabilito e che spiega la duale posizione che l'islam manifesta nei confronti della posizione femminile.

Il Corano riconosce l'uguaglianza dei sessi sul piano etico, ma a questa lettura si contrappone la struttura su cui è stata costruita la comunità islamica, due livelli cui corrisponde la distinzione tra le *'ibadat* (atti devozionali o spirituali) e le *mu'amalat* (atti contrattuali o transattivi)<sup>12</sup>. La discriminazione giuridica della donna è tipica, di fatto, dei rapporti infra-comunitari, nell'ambito dei quali si manifestano i diritti politici, sociali ed economici, mentre l'eguaglianza si esplicita nel rapporto con Dio e nella compensazione che questo garantisce ad ogni singolo nella vita ultraterrena.

Mentre le *mu'amalat* sono mutabili, le *'ibadat* sono imm modificabili, perché inerenti al rapporto con Dio e come tali rappresentano il livello più elevato dell'espressione della volontà divina<sup>13</sup>. Tutto il resto è a questo subordinato e quindi suscettibile di interpretazione, essendo norme dal contenuto vago necessitanti l'intervento umano.

Il Corano dedica un capitolo, *al-Nisā*, alle donne, nel quale chiarisce che l'uomo e la donna sono stati creati uguali<sup>14</sup>, ed uguali rimangono nelle loro obbligazioni davanti a Dio, così come sono sottoposti alle medesime pene in caso di violazione dei precetti divini<sup>15</sup>. Per cui, se ci si ferma all'ambito delle *'ibadat*, la donna è posta sullo stesso piano dell'uomo<sup>16</sup> ed alla stessa sono riconosciuti diritti economici<sup>17</sup>, tra cui il

<sup>9</sup> La Ali ricorda come su un totale di 6666 *sure*, soltanto 6 indicano una situazione di subordinazione della donna rispetto all'uomo. S.S. ALI, *Gender and human rights in Islam and International law: equal before Allah, unequal before man?*, The Hague-London-Boston, 2000, pag. 43

<sup>10</sup> Cfr. B. F. STOWASSER, *The status of women in early Islam*, in F. HUSSAIN, (ed. by), *Muslim Women*, London, 1984

<sup>11</sup> Cfr. J. L. ESPOSITO, *Women in Muslim Family Law*, New York, 2001, pag. 106

<sup>12</sup> Cfr. W. HALLAQ, *A History of Islamic Legal Theories*, Cambridge, 1999

<sup>13</sup> Cfr. J. L. ESPOSITO, *Women in Muslim Family Law*, cit., pag. 108

<sup>14</sup> Corano (39:6) "Egli vi ha creato dallo stesso spirito..."

<sup>15</sup> In caso di relazioni extra coniugali, per esempio, il Corano prevede le medesime pene per l'uomo e per la donna (24:2-4)

<sup>16</sup> Cfr. S.S. ALI, *Gender and human rights in Islam and International law: equal before Allah, unequal before man?*, cit., pag. 50-55

<sup>17</sup> L'islam riconosce alla donna un autonomo diritto alla proprietà in tutti gli stadi della vita. Per questi motivi, i giuristi musulmani sostengono con forza come il sistema giuridico musulmano sia stato

diritto ai propri beni<sup>18</sup>, il diritto a concludere contratti, a comprare e vendere liberamente, il diritto alla dote, il diritto all'eredità<sup>19</sup>. Anche nell'ambito dei diritti civili, alla donna è riconosciuta la capacità di testimoniare in Tribunale<sup>20</sup> prima sconosciuta, seppur in una condizione di inferiorità rispetto all'uomo, così come nell'ambito dei diritti politici la stessa è ammessa a partecipare alla vita politica e pubblica della comunità, il che include anche il riconoscimento del diritto di voto e del diritto di assumere la leadership dello Stato<sup>21</sup>. La partecipazione politica alla *ummah*, secondo la lettura coranica<sup>22</sup>, è un obbligo per ogni fedele musulmano, sia donna che uomo, essendo questa la via per realizzare il fine ultimo della legge sacra<sup>23</sup>. Questa parità etica prevista nei testi è stata, però, ben presto abbandonata e le interpretazioni "umane" prevalenti hanno rafforzato la volontà di relegare la figura femminile all'ambito familiare, con il conseguente disconoscimento di quei diritti appena indicati<sup>24</sup>.

---

precursore del diritto occidentale nel riconoscimento dei diritti alle donne, garantendo alla stessa una indipendenza economica ed un diritto alla proprietà non conosciuto nello spazio giuridico europeo nello stesso periodo storico. Cfr. A. B. SHAFIQ, *op. cit.*

<sup>18</sup> Corano (4: 32) "Agli uomini spetta una parte di ciò che loro guadagnano, ed alle donne spetta una parte di ciò che esse guadagnano".

<sup>19</sup> La materia dell'eredità non entra nell'oggetto di questo studio. Ma si ricorda come il Corano stabilisca il diritto ad ereditare della donna, seppur "all'uomo spetti una porzione pari a quella di due donne" (Corano 4:11). Questa disparità è legata alle maggiori responsabilità attribuite all'uomo rispetto alla donna, secondo un modello che suggella un diverso trattamento rispetto al ruolo assegnatogli dalla realtà sociale.

<sup>20</sup> "E prendete due testimoni per ogni uomo, e se non ci sono due testimoni uomini, allora un uomo e due donne, così che se una di questa sbaglia, la seconda potrà ricordarglielo", Corano (2:282).

<sup>21</sup> Secondo la lettura etica del Corano, non esiste differenza tra uomo e donna, per cui entrambi hanno diritto in egual misura a partecipare alle decisioni politiche della propria comunità. Il Corano supporta questa posizione nel riferimento alla Regina di *Sheba*, convertitasi all'islam mantenendo il ruolo di guida della comunità politica, a dimostrazione dell'inesistenza di alcun contrasto nel coprire questo ruolo da parte di una figura femminile. Cfr. H.I. ACAR, *op. cit.*

<sup>22</sup> Cfr. B.F. STOWASSER, *Women and Citizenship in the Qur'an*, in A.E.A. SONBOL, *Women, the Family and Divorce Law in Islamic History*, New York, 1996, pagg. 27-28

<sup>23</sup> Tra gli *hadith* che escludono la donna dall'esercizio di alcune professioni si ricorda uno dei più noti, secondo il quale, "quelli che affidano i propri affari ad una donna, non conosceranno mai la prosperità". La letteratura degli *hadith* è stata, invero, sicuramente più discriminatoria rispetto ai versetti del Corano, descrivendo la donna "in difetto" sia dal punto di vista religioso che da quello morale, dalla quale è dipesa l'influenza storica dell'epoca della rivelazione. Cfr. M.A. AL-JABIRI, *The concepts of rights and justice in Arab-Islamic texts*, in S.K. JAYYUSI. (ed. by), *Human rights in Arab thought. A reader*, London-New York, 2009, pagg. 60-61

<sup>24</sup> Il concetto di uguaglianza giuridica tra uomo e donna sancito nel Corano non è assimilabile al principio di pari dignità e diritti nella sfera economica, politica e sociale sviluppato nell'ambito occidentale. La ideologia coranica associa l'uguaglianza etica ad una disuguaglianza economica e sociale, ammettendo il potere del controllo dell'uomo sulla donna, conseguente alla "doppia" lettura dell'emisfero femminile, scissa a seconda che il riferimento sia al rapporto con Dio od alla relazione con gli uomini. Cfr. B.F. STOWASSER, *Women and Citizenship in the Qur'an*, cit., pagg. 33-34

## CAPITOLO V

È nella sfera socio-economica, e quindi nell'ambito delle *mu'amalat*, che si è rafforzata la discriminazione giuridica, secondo la tradizione culturale proveniente dalla *jahilliya* e dalla visione derivante<sup>25</sup>, per cui le donne sono state riconosciute quali "cittadine di seconda classe"<sup>26</sup>, nonostante il richiamo a quei valori etici universali previsti dalla prima rivelazione islamica.

La sottomissione della donna è stata accolta, così, nel testo sacro con le ingiunzioni del secondo tempo<sup>27</sup>, sui quali si è concentrata la dottrina successiva, quando è stata rafforzata l'impostazione che ha confermato la superiorità dell'uomo sulla donna, per cui spetta al primo proteggere, mantenere, educare e correggere la seconda<sup>28</sup>. Il principale di questi versi è il 4:34, dove l'uomo è definito *qawwamun* o guardiano della donna al quale si affianca il verso 2:282, in materia di testimonianza, che seppur sancendo quel diritto civile di cui sopra, riflette la percezione dell'innata inferiorità della stessa nell'ambito del diritto procedurale, sia civile che penale, come nell'ambito dei giudizi riguardanti le punizioni considerate *hadd*<sup>29</sup>.

La poligamia ed il ripudio rappresentano in questo quadro gli elementi cardine del sistema discriminatorio del diritto islamico, tra l'altro ancora ampiamente applicati negli odierni ordinamenti. A questi si affianca il simbolo per antonomasia della subordinazione della donna, qui sintetizzato nella questione del velo, rappresentante una delle materie più controverse oltre che fonte delle divergenze tra Occidente ed islam<sup>30</sup>. Nella tradizione giuridica islamica<sup>31</sup>, il velo o *hijab*, rappresenta la dicotomia

---

<sup>25</sup> Cfr. R. SALIH, *Musulmane rivelate*, Roma, 2008

<sup>26</sup> Cfr. Z. MIR-HOSSEINI, *Verso l'uguaglianza di genere: la donna nel diritto islamico*, in *DAIMON*, n. 9, 2009, pag. 115

<sup>27</sup> "Le vostre donne sono come un campo per voi, venite dunque al vostro campo a vostro piacere, ma permettete qualche atto pio, utile a voi..."(2:223) o anche "gli uomini sono preposti alle donne, perché Dio ha prescelto alcuni esseri sugli altri e perché essi donano di loro beni per mantenerle" (4:34), fino all'esplicito "Esse agiscano con i mariti come i mariti agiscono con loro. Tuttavia gli uomini sono un gradino più in alto, e Dio è potente e saggio" (2:228).

<sup>28</sup> Cfr. B.F. STOWASSER, *Women in the Qu'ran, tradition and interpretation*, Oxford, 1994

<sup>29</sup> *Hadd* sono i limiti sacri imposti dal Corano, il quale prevede direttamente le pene in caso di una loro trasgressione. Nell'ambito degli stessi la testimonianza di una donna né quella di un non musulmano è ammessa.

<sup>30</sup> Come ricorda Carmignani Caridi, nella relazione della delegazione statunitense ad un incontro Oece del 1998 è venuta in rilievo la diffidenza "europea" nei confronti della tradizione islamica e soprattutto nel velo. In Francia, il Ministero dell'Educazione ha vietato il *chador* nei luoghi pubblici e nelle istituzioni di formazione primaria e secondaria (vedi legge n. 28/2004 in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)) considerandolo sia al pari di un simbolo politico, e quindi pericoloso per le fondamenta dello Stato democratico, che un simbolo culturale, prodotto di un'imposizione maschilista che vuole relegare la donna ad un ruolo di sottomissione. Nel *Baden-Württemberg* si è sviluppata una controversia in merito al divieto nei confronti di un'insegnante islamica di indossare il *chador*, (Cfr. decisione del *Bunderverfassungsgericht* del 24 settembre 2003 su ricorso n. 1436/02), così come in

principale che delinea la linea di confine tra la sfera pubblica e quella privata, simbolo della modestia nel rapporto tra i sessi alla quale il Corano richiama<sup>32</sup>; delimitante l'esterno dall'interno e quindi il sacro dal profano, secondo la dialettica dentro/fuori che caratterizza le relazioni tra uomini e donne nella struttura sociale<sup>33</sup>. Il Corano non prevede, invero, una disposizione esplicita che obbliga le donne a coprirsi con un capo di abbigliamento<sup>34</sup>, ma contiene versi che incitano alla tutela del senso del pudore, invitando le stesse a mostrare le cose belle solo ai propri mariti<sup>35</sup> e di coprirsi di fronte agli estranei<sup>36</sup>, versi su cui si è costruita la successiva posizione tradizionalista pervenuta fino ad oggi.

Attualmente, gli ordinamenti che prevedono l'uso del velo sono quelli che sistematicamente violano il principio di uguaglianza formale oltre che le regole classiche su cui si fonda la democrazia liberale e la cultura dei diritti. L'articolo 102 del Codice Penale iraniano prescrive, per esempio, che "le donne che non appaiono in strada ed in pubblico senza l'*hijab* islamico, sono condannate a 74 colpi di frusta"; così anche in Arabia Saudita, dove le donne sono tenute ad indossare l'*abayaa*, abito

---

Turchia, il velo è divenuto simbolo di discriminazione in ingresso negli uffici pubblici. Cfr. S. CARMIGNANI CARIDI, *Libertà di abbigliamento e velo islamico*, in S. FERRARI, (a cura di) *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, 2000, pagg. 223- 234; per un'analisi comparata dell'utilizzo dei simboli religiosi, Cfr. S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, cit. Secondo la Chinckin, tale impostazione traduce il riconoscimento pubblico della sottomissione alla quale la donna musulmana è costretta e la relativa necessità dello Stato di proteggerla, al fine di garantire il raggiungimento della parità sostanziale, oltre che formale, tra uomo e donna. Cfr. C. CHINKIN, *Women's human rights and religion: how do they co-exist?*, in J. REHMAN, S. BREAU, *Religion, human rights and international law*, Leiden, 2007, pag. 71

<sup>31</sup> Tra questi, "E quando tu reciti il Corano noi poniamo tra te e coloro che rinnegano la via futura un velo disteso" (17:45), "E dissero all'inviato di Dio <<i>i nostri cuori son corazzati contro ciò cui ci inviti, e negli orecchi non v'ha gravezza, e fra te e noi c'è una cortina<>>" (61:5), "Non entrate negli appartamenti del profeta senza permesso, senza attendere il momento opportuno!... e quando domandate un oggetto alle sue spose, domandatelo restando dietro una tenda: questo servirà meglio alla purità dei vostri e dei loro cuori" (33:53).

<sup>32</sup> Il termine *hijab*, compare sette volte nel testo sacro, ma soltanto in un'occasione può essere interpretato quale un abbigliamento femminile. In tutte le altre, lo stesso rimanda al significato di "cortina" o "tenda che separa", senza denotare unicamente il copricapo. Cfr. G. VERCELLIN, *op. cit.*, pagg. 107 e ss.

<sup>33</sup> L'uso del velo non denota solo l'appartenenza ad un credo religioso ma raffigura il limite esteriore che protegge la donna dagli attacchi esterni, attraverso cui la stessa può mantenere la purezza spirituale. Cfr. R. GUOLO, *Avanguardie della fede. L'Islam tra ideologia e politica*, Milano, 1999

<sup>34</sup> Cfr. L. AHMED, *Oltre il velo. La donna nell'Islam da Maometto agli ayatollah*, Firenze, 1995

<sup>35</sup> "E di alle credenti di abbassare lo sguardo ed essere caste e non mostrare le loro bellezze, eccetto quel che appare, e si coprano i seni d'un velo (*khimar*) e non mostrino le loro parti belle se non ai mariti ai loro padri ai loro suoceri o ai loro figli..." Corano (24:31).

<sup>36</sup> "Dì alle tue spose e alle tue figlie e alle donne dei credenti che si ricoprono dei loro mantelli; questo sarà atto a distinguerle e a che non vengano offese", Corano, (33:59). Qui il termine mantello è reso da *jilbab*, ossia la tunica destinata a coprire tutto il corpo.

che le copre integralmente, comprendendo anche viso, braccia e gambe, quando sono in pubblico. Da questi casi si differenziano quegli ordinamenti che hanno imposto il divieto del velo, come la Turchia, o ne hanno previsto una razionalizzazione.

In tutti i casi, l'abbigliamento della donna, ha assunto un ruolo determinante nell'incarnare i caratteri della comunità politica e nazionale, condizione che ha fatto dello stesso un simbolo della tradizione politica e sociale che difficilmente può essere contrastato, limitando, di conseguenza, la libertà di espressione delle donne nella propria individualità<sup>37</sup>.

## *2. Il privato come "spazio della donna" e lo statuto personale*

Si è già detto come al fine di comprendere la posizione giuridica che la legge islamica riconosce alle donne bisogna far riferimento alla materia in cui l'Islam tratta dell'universo femminile, ossia lo statuto personale. Il quadro della questione rimanda alle fonti sacre, il Corano e la *sunnah*, ma anche alle diverse tradizioni giuridiche sviluppate dalle scuole giuridiche islamiche, le quali con le proprie interpretazioni hanno modellato l'impianto dei principi in materia di "sfera privata" quale ambito destinato alla donna, e della pluralità di regole differenti a seconda dell'area che si va a considerare. Al pluralismo della tradizione islamica, si sono aggiunte le legislazioni contemporanee, le quali hanno, chi più e chi meno, emendato la struttura dei diritti e delle libertà riconosciute dallo statuto personale classico.

Seppur materia "civilistica" secondo la classificazione occidentale, lo statuto personale ricopre una posizione centrale nella trattazione del diritto islamico e della posizione giuridica della donna nell'Islam, sia perché numerosi sono i versi del Corano che disciplinano questo aspetto della vita femminile sia perché si tratta della materia che più ha condizionato i diritti e le libertà alle stesse riconosciute. Lo statuto personale è rimasto l'unico ambito in cui la tradizione giuridica musulmana è produttiva di effetti, divenendo materia privilegiata per comprendere il rapporto tra gli attuali sistemi statali, il diritto costituzionale e la legge religiosa<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Recentemente, Maududi ha enfatizzato il velo quale "istituzione" islamica, riconoscendolo come la principale arma contro l'occidentalizzazione dei costumi ed il mantenimento della famiglia secondo la natura islamica. Cfr. A. MAUDUDI, *Purdah*, Lahore, 1997

<sup>38</sup> Cfr. A.R. DOI, *Woman in Shari'ah (Islamic Law)*, London, 1996; L. MILLOT, F.P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 1987

L'evidenza sui due casi studio, la Turchia e l'Egitto, dimostra poi come l'adozione di un sistema costituzionale non abbia determinato *tout court* il superamento dei principi tradizionali sul piano normativo, ma al contrario di come la forza della tradizione giuridica continui ad esprimersi nel mantenimento di forme di discriminazioni nei confronti dei soggetti più deboli dell'ordinamento.

L'espressione "statuto personale", *shari'at al-ahwal al-shakhisiyah*, è comparsa solo recentemente nei sistemi giuridici musulmani. Utilizzato per la prima volta nel 1890 in Egitto, con la pubblicazione del primo Codice basato sulla dottrina *hanafita* di Mohammad Qadri Pasha, *Al-Ahkam al-shar'iya* o norme sharaitiche in materia di statuto personale, è stato definito nel 1934 dalla Corte di Cassazione egiziana come "la somma delle questioni fisiche o familiari attinenti il singolo"<sup>39</sup>.

Nei sistemi giuridici islamici attuali, lo statuto personale è disciplinato da leggi e Codici adottati negli ultimi decenni, i quali a partire dal processo di modernizzazione giuridica, avviato con l'adozione del *Mecelle* ottomano, hanno affiancato, e solo in alcuni aspetti sostituito, la tradizione divina, seppur con eccezione della Turchia. Spesso la materia, tra l'altro, è priva di una disciplina organica, come in Egitto, per cui lo statuto personale continua ad essere retto da leggi *ad hoc* in assenza di una normativa valida per tutti i cittadini, che avalla quelle posizioni che lo descrivono al pari di un sistema "anarchico"<sup>40</sup>, definito su base personalistica, e come tale discriminatorio nei confronti dei cittadini di fede non islamica.

Così, ancora nelle moderne legislazioni, l'uomo è considerato il soggetto al quale spetta il mantenimento e la protezione della moglie, mentre a quest'ultima, elemento debole dell'unione, spetta l'obbedienza nei confronti del primo<sup>41</sup>.

Da questa relazione ne consegue la centralità del matrimonio, unica istituzione a rappresentare contemporaneamente la categoria delle *'ibadat* e delle *mu'amalat*, in

<sup>39</sup> Cfr. J.J.A. NASIR, *The Islamic Law of personal status*, Leiden, 2009, pag. 34; L. WELCHMAN, *Women's rights and Islamic family law. Perspectives on Reform*, New York, 2004, pag. 32

<sup>40</sup> Cfr. A. ALDEEB ABU-SAHLIED, *Il diritto di famiglia nel mondo arabo. Tradizione e sfide*, in AA.VV., *I musulmani nella società europea*, Torino, 1994, pag. 28

<sup>41</sup> A differenza del diritto islamico, il diritto canonico, fonte dell'attuale normativa laica vigente nell'area euro-occidentale non riconosce la subordinazione della donna rispetto all'uomo. Il processo di secolarizzazione che lo ha caratterizzato, ha toccato anche la materia familiare, nel cui ambito sono stati riconosciuti pari diritti e doveri ai coniugi. Nell'Enciclica *Arcanum divinae sapientiae* del 10 febbraio 1880 il Papa Leone XIII parla di *mulierum dignita*, per cui la moglie non deve obbedienza al marito ma esserne una degna compagna. Sul tema cfr. E. DIENI, *Introduzione al tema. Matrimoni e ordinamenti religiosi*, in *DAIMON*, vol. 2, 2002, pag. 3-18; S. FERRARI, *Pluralità di sistemi matrimoniali e prospettive di comparazione*, in *DAIMON*, vol. 2, 2002, pagg. 19-60

quanto mezzo attraverso cui soddisfare sia la volontà di Dio che i bisogni dell'uomo<sup>42</sup>.

È in questa unione che deve essere analizzata la posizione giuridica della donna, la quale è così regolata dalla legislazione tradizionale e dagli interventi di riforma adottati dalle legislazioni contemporanee.

### 2.1 Il *nikah* e la *shari'a*. Caratteri e peculiarità

Secondo la dottrina islamica, il matrimonio o *al-nikah* è un contratto di scambio il cui scopo principale è rendere lecito la relazione tra uomo e donna.

Tre sono gli elementi essenziali dello stesso, le parti ed il consenso, gli impedimenti e le modalità di scioglimento del vincolo coniugale.

Nel corso dell'evoluzione del sistema, non sono mancati i giuristi che hanno associato il contratto di matrimonio islamico alla vendita, essendo lo stesso lo strumento attraverso cui l'uomo acquista l'obbedienza della donna<sup>43</sup>, per cui questa ultima diventa oggetto dell'autorità, della protezione e del controllo del primo, secondo i concetti di *tamkin* (o *ta'a*) o obbedienza e di *nafaqa* o mantenimento. All'interno di questo rapporto, infatti, si realizza il principio sinallagmatico per cui la prima è diritto dell'uomo e obbligo della donna ed il secondo è diritto della donna e dovere dell'uomo<sup>44</sup>.

Il contratto si conclude con l'incontro delle due volontà delle parti. Secondo il *fiqh*, le parti non devono essere necessariamente coincidenti con i due sposi, stante la figura del *walī al-nikah*, o tutore matrimoniale, al quale è attribuito l'esercizio del potere di costrizione matrimoniale (*igbār*). Il *walī*, figura generalmente coperta dal

---

<sup>42</sup> L'unione matrimoniale è l'unico strumento per rendere lecito (*halal*) ciò che fuori da esso è considerato vietato (*haram*), evitando di incorrere nella commissione di atti proibiti, come la *zinā*, azione assimilabile alla prostituzione.

<sup>43</sup> Al-Ghazali già nel dodicesimo secolo tracciava un parallelo tra lo status della moglie e della schiava, entrambe oggetto del desiderio del marito/padrone. Cfr. M. FARAH, *Marriage and sexuality in Islam: A translation of al-Ghazali's Book of the Etiquette of Marriage from the Ihya*, Salt Lake City, 1984

<sup>44</sup> Cfr. K. ABOU EL-FADL, *Speaking in God's name: Islamic Law, Authority and women*, Oxford, 2001. Secondo la impostazione classica e di Zaydān, la relazione tra uomo e donna si risolve in una condizione di favore per questa ultima rispetto all'uomo, stante i diritti riconosciuti alla stessa ed al contempo il minore carico di obblighi. Cfr. I. DE FRANCESCO, *Diritti, ruoli, relazioni: i diritti della sposa nell'islam*, in *DAIMON*, n. 9, 2009, pagg. 145-174

padre<sup>45</sup>, deve essere un uomo musulmano, libero e “*mukallat*” ossia pubero, sano di mente ed osservante dei precetti divini, il cui ruolo è reso da un *hadith* “*non c'è matrimonio senza wali*”<sup>46</sup>.

Rilevante è la disciplina dell'età. Il diritto classico non impone un'età minima per contrarre matrimonio<sup>47</sup>, condizione che permette al *wali* di dare in matrimonio tutti i figli impuberi, maschi o femmine, e le femmine vergini<sup>48</sup>.

La prima discriminazione in materia di matrimonio si realizza, di fatto, proprio a partire dal consenso, per cui in caso di unione conclusa contro il volere dei coniugi, è ammesso solo per gli uomini la possibilità di liberarsi dal matrimonio ricorrendo alla cosiddetta “opzione di pubertà” o *khiyar al bulugh*<sup>49</sup>, una volta giunti all'età prevista, possibilità non prevista per le giovani donne. I legislatori contemporanei, a tal fine, hanno cercato di frenare il fenomeno dei matrimoni conclusi in “tenera” età prevedendo un'età minima per la loro celebrazione, salvo i casi eccezionali per i quali è necessaria l'autorizzazione del giudice. Questo con l'eccezione dell'Egitto, la cui legislazione non ha fissato un'età minima per la conclusione del contratto, ma

---

<sup>45</sup> In assenza del padre, il ruolo di *wali* è assunto dal parente più vicino da parte maschile (*'asab*), e soltanto in caso di mancanza di *'asab*, spetta al sultano ricoprire tale carica quale detentore del potere politico, o al *qadi*, quale delegato del sultano stesso.

<sup>46</sup> Solo la dottrina *hanafita* acconsente che la donna possa concludere direttamente il matrimonio, nonostante il *favor* nei confronti del matrimonio concluso per mezzo del tutore. Cfr. R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in S. FERRARI (a cura di), *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Torino, 2006, pag. 186

<sup>47</sup> Questo sia in virtù del precedente Maomettiano, che sposo della piccola A'isah di soli sei anni, sia in virtù del verso coranico “*O Profeta! Quando divorzierete le vostre donne, divorziate loro allo spirare del periodo di attesa. Il periodo di attesa sarà di tre mesi, anche per le donne che non sperano nella mestruazione e per quelle che non sono puberi*” (65:1-4). Secondo il Corano, l'età matrimoniale desiderabile è quella che coincide con il raggiungimento della indipendenza economica (4:6), condizione che per la scuola *hanafita* si acquista con il raggiungimento della pubertà (nove anni per la ragazza e dodici per il ragazzo). Matrimoni tra soggetti non sessualmente maturi possono essere conclusi, ma non possono essere consumati fintantoché non si raggiunge l'età prevista.

<sup>48</sup> Al contrario degli impuberi, la vergine pubere può esprimere il suo consenso, e nel caso di rifiuto espresso il matrimonio non potrà essere celebrato; ma se la stessa non lascia intendere la sua volontà, allora ciò vale come consenso. Un'accettazione espressa è richiesta alla donna che non sia più vergine. Nello specifico, per gli *hanafiti* la donna può esprimere il suo consenso dal giorno in cui raggiunge la pubertà, mentre per gli *hanbaliti*, gli *shafi'iti* e i *malikiti* ella si sottrae solo dal momento in cui non è più vergine. La donna vergine anche se pubere è assimilata alla impubere, cosicché il potere esercitato dal *wali* si estende fino alla scelta del matrimonio, senza possibilità per la stessa di poter rifiutare.

<sup>49</sup> L'opzione di pubertà non ha base nel Corano né nella *sunnah* del profeta, ma è fondata sulle opinioni giuridiche delle varie scuole. Per gli *hanafiti*, sia il ragazzo che la ragazza possono sciogliere il matrimonio se contratto contro il loro volere. Secondo le altre scuole, invece, l'esercizio del diritto di *khiyar* è riconosciuto nell'ambito di matrimoni conclusi in caso di costrizione e minaccia. Cfr. J. L. ESPOSITO, *Women in muslim family law*, cit. pag. 17. Si tratta, in ogni caso, di una casistica che non trova più concretizzazione nella realtà, alla luce delle norme introdotte dalle legislazioni contemporanee che fissano un'età minima per la conclusione del matrimonio. Cfr. D. PEARL, W. MENSKI, *Muslim Family Law*, London, 1998

solo quella per la sua registrazione<sup>50</sup>. Altri sistemi prevedono, invece, un'età minima per la conclusione di un matrimonio valido, come la Giordania (art. 5), la Libia (art. 6) il Marocco (artt. 8 e 12)<sup>51</sup> e l'Algeria (art. 7).

Importantissima è poi la disciplina dell'adeguatezza dello sposo, intesa quale condizione per la validità del matrimonio, in quanto considerata un "diritto della donna e del *wali*"<sup>52</sup>, tantoché i due soggetti possono farla valere quale vizio del matrimonio qualora la stessa non sia verificata<sup>53</sup>.

Al tema delle parti è strettamente connesso quello degli impedimenti che colpiscono la validità del matrimonio. Tradizionalmente, la dottrina islamica distingue tra impedimenti perpetui e temporanei. Afferiscono ai primi la parentela, l'affinità e l'allattamento, in presenza dei quali il matrimonio è nullo, ed ai secondi, il terzo ripudio<sup>54</sup>, il precedente matrimonio<sup>55</sup> e la differenza di culto<sup>56</sup>. La divergenza tra le

---

<sup>50</sup> La legge n. 56 del 1923 ha disposto che il matrimonio tra il ragazzo infradiciottenne e la ragazza infradecimenne non possa essere registrato, ma non ha stabilito un'età minima per contrarre il matrimonio, limitando la questione all'inopponibilità davanti al giudice delle cause di divorzio che sorgono intorno ad un atto che non sia stato meramente registrato. Cfr. R. SHAHAM, *Family law and the Courts in modern Egypt. A study based on decisions by the Shari'a Courts 1900-1955*, Leiden-New York-Köln, 1997, pag. 90-95; V. ABAGNARA, *Il matrimonio nell'islam*, Napoli, 1996, pagg. 15-18

<sup>51</sup> Il Marocco ha fissato come età minima il compimento del diciottesimo anno di età, ma permette che il matrimonio concluso da soggetti infradiciotenni se autorizzato dal tribunale (art. 9 *Mudawwanat al-usra*). Così è anche in Tunisia, (art. 5 e 6 Codice Statuto personale).

<sup>52</sup> Cfr. R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, cit. pag. 190

<sup>53</sup> La *ratio* del principio di adeguatezza va ricercata nella struttura che il diritto islamico attribuisce al regime coniugale, per cui la donna deve essere legata, e quindi subordinata, ad un uomo che le sia adeguato. Per lo stesso motivo, non è richiesta l'adeguatezza della donna. Il principio è ancora vigente nella maggior parte delle legislazioni contemporanee, ad eccezione del Marocco.

<sup>54</sup> Dopo il terzo pronunciamento, il ripudio diventa irrevocabile: "*Il ripudio vi è concesso due volte: poi dovete o ritenerla con dolcezza presso di voi o rimandarla con dolcezza*", Corano, (2:229-230). Questo impedimento può essere superato nel caso in cui la donna, ripudiata definitivamente, si risposi con un uomo diverso da lui (*muhallil*), circostanza che la rende di nuovo lecita al primo marito. Interessante la questione tunisina, dove l'ordinamento pur avendo abolito il ripudio, ha mantenuto il richiamo all'impedimento nella disciplina del divorzio, per cui non potrà essere risposata la donna dalla quale si sia divorziati per tre volte (art. 19 Codice dello Statuto Personale).

<sup>55</sup> Il Corano limita il numero delle mogli ammissibili a quattro, impedimento che può venir meno con lo scioglimento di uno dei precedenti matrimoni e con il trascorrere del periodo di ritiro legale. L'impedimento a sposare una quinta donna non riguarda, però, i matrimoni a termine o di piacere (*zawag al-mut'a*), permessi dalla dottrina sciita, intesi quali unioni temporanee di anche un solo giorno, ammessi per uomini in viaggio per motivi di lavoro o altro. Cfr. V. ABAGNARA, *op. cit.*, pagg. 18 e ss., G. PRADER, *Il matrimonio nel mondo*, Padova, 1970, pag. 291

<sup>56</sup> Questo impedimento trova diversa applicazione a seconda che il soggetto al quale si riferisce sia uomo o donna. Per le donne musulmane esiste un divieto generale a non sposare un non musulmano. "*E non date spose credenti ad idolatri finché essi non abbian creduto, perché lo schiavo credente è meglio di un uomo idolatra, anche se questi vi piaccia*", Corano, (2:221). Diversa è la questione per l'uomo musulmano al quale le scritture inibiscono il matrimonio con le donne politeiste o non credenti, ma permettono le donne appartenenti alla Gente del Libro, ossia cristiane od ebreo. "*Non sposate donne idolatre finché non abbiano creduto*", Corano, (2:221) e "*Vi sono permesse come mogli le*

due tipologie di impedimenti rileva nell'effettività del contratto: i primi rendono sempre nulla l'unione mentre i secondi possono condurre all'annullamento anche in un secondo momento, quando cioè l'impedimento viene a determinarsi.

Con riguardo all'"oggetto" del matrimonio, la dottrina riferisce al già citato acquisto dell'autorità maritale e del potere di ripudiare la moglie per il marito, e del dono nuziale e del mantenimento per la sposa. Il primo si realizza con il versamento del *mahr* o *sadāq*, il quantitativo patrimoniale che lo sposo è tenuto a donare secondo l'ammontare fissato nel contratto<sup>57</sup>, spesso equiparato al "prezzo"<sup>58</sup> di acquisto della moglie. Il versamento di parte dello stesso può essere differito ad un avvenimento determinato, quale la dissoluzione del matrimonio, ed una volta donato, diventa proprietà della donna, la quale può disporne secondo il suo volere<sup>59</sup>. In ogni modo, secondo la struttura che il diritto islamico classico conferisce alla famiglia tradizionale, l'uomo prevale sulla donna<sup>60</sup>, per cui quest'ultima deve seguire il marito in qualsiasi residenza che dallo stesso sia stabilita, non può allontanarsene e deve essere autorizzata per le uscite e per le visite, potendo rifiutarsi solo allorché il marito le ordini di compiere degli atti proibiti sulla base della Legge<sup>61</sup>.

---

*donne oneste fra le credenti e anche le donne oneste fra coloro cui fu dato il Libro prima di voi ..."* Corano, (5:5). Cfr. G. ASCHA, *Mariage, polygamie et répudiation en Islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, Paris, 1997. Questo impedimento è ripreso dalle legislazioni contemporanee ad eccezione della Tunisia, mentre gli unici ordinamenti che lo hanno espressamente abolito sono la Costa d'Avorio, il Mali e la Turchia.

<sup>57</sup> "Date spontaneamente alle donne la dote (*sadāqāt*)...", Corano, (4:4)

<sup>58</sup> L'idea che il *mahr* debba essere considerato un "prezzo per la sposa" è assunta da buona parte delle posizioni intellettuali che agitano la scena dei paesi islamici. La Meron ricorda come anche il Tribunale di Londra in una controversia del 1963 abbia trattato il matrimonio islamico al pari di una vendita, includente una somma di denaro volto ad acquistare la benevolenza della moglie. Cfr. Y. MERON, *Il "prezzo" della sposa. Aspetti patrimoniali del matrimonio ebraico ed islamico*, in *DAIMON*, vol.2, 2002, pagg. 61-70

<sup>59</sup> Nel caso in cui l'ammontare del *mahr* non sia stabilito dal contratto, la donna ha diritto al *mahr* per equivalenza o *mahr al-mitl*, la dote pagata ad una donna che le assomigli e che appartenga al medesimo rango sociale. Per gli *hanafiti* e gli *hanbaliti*, il *mahr* è un effetto del matrimonio, mentre per la scuola *makilita* è elemento costitutivo del contratto, la cui mancanza determina l'annullamento dello stesso. Ciò è accolto negli attuali i Codici di ispirazione *makilita*, quali quello tunisino, il cui articolo 3 dispone che "il matrimonio non è formato che dal consenso degli sposi, dalla presenza dei due testimoni e dalla fissazione di una dote", quello algerino che stabilisce all'articolo 15 che "la dote deve essere determinata nel contratto di matrimonio, il suo versamento può essere immediato o a termine" e quello marocchino nel cui articolo 5 si legge "la previsione di una dote al profitto della sposa è necessaria. È proibito l'accordo contrario".

<sup>60</sup> "Esse agiscano coi mariti come i mariti agiscono con loro, con gentilezza... tuttavia gli uomini sono un gradino più in alto, e Dio è potente e saggio", Corano, (2:228). E ancora si legge "Gli uomini sono preposti alle donne, perché Dio ha scelto alcuni esseri sugli altri e perché essi donano dei loro beni per mantenerle", Corano, (4:34).

<sup>61</sup> Cfr. I. GALLALA, *The Wife's duty of obedience to her husband under Tunisian Law*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 14, 2008-2009, pagg. 27-48

Il Codice giordano, che applica la dottrina *hanafita*, prevede l'obbligo della moglie di vivere con il marito, a seguirlo ed ad obbedirgli, e lo stesso è nella *Mudawwana* marocchina *ante reforma* del 2004, laddove era previsto il dovere della donna all'obbedienza nei confronti del coniuge. Il nuovo testo, però, ha sancito il *mutuo* riconoscimento giuridico tra marito e moglie<sup>62</sup>, eguagliando in tal modo, ed in un certo senso superando il Codice tunisino, generalmente considerato il più avanzato dell'area<sup>63</sup>.

Il mantenimento (*nafaqa*) della moglie spetta fino alla data di dissoluzione del matrimonio, comprendendo il periodo di ritiro legale (*'iddah*). Soltanto l'insubordinazione e la disobbedienza (*nashiza*) della donna ne legittima la sospensione. La *nafaqa* è ripresa nelle legislazioni contemporanee, nelle quali continua ad essere considerata una forma di "protezione" per la donna dinanzi al potere assoluto riconosciuto al marito. In particolare, per le normative che accolgono il rito *hanafita*, lo stesso deve essere proporzionato alla condizione economica del marito<sup>64</sup>, mentre negli ordinamenti che accolgono il rito *makilita*, il mantenimento deve considerare la condizione di entrambi gli sposi. La legislazione tunisina, a tal fine, ha introdotto delle rilevanti novità in materia di partecipazione economica alla vita familiare, stabilendo il principio di pari trattamento tra uomo e donna nella parte che prevede che la moglie "è tenuta a contribuire ai carichi del matrimonio se possiede propri beni" (art. 23), riconoscendo, così, un ruolo attivo della donna nella vita economica del nucleo familiare.

Il Codice marocchino, come visto, nella sua ultima versione si è spinto oltre, stabilendo che i coniugi sono responsabili in *egual misura* per la conduzione e la cura degli affetti familiari, pur continuando a prevedere il diritto al mantenimento per la donna stessa.

Per completezza, si ricorda che la disciplina classica ammette la libertà delle parti di apporre delle clausole (*sārt*) al contratto di matrimonio, come la clausola di monogamia, mentre non è possibile che il matrimonio sia sottoposto a vincoli

---

<sup>62</sup> Il dovere della donna all'obbedienza è stato abrogato e sostituito con il dovere di entrambi i coniugi alla mutua assistenza ed ai pari doveri e responsabilità nel mantenimento della famiglia (articolo 51).

<sup>63</sup> Cfr. I. GALLALA, *op. cit.*, pagg. 27-48; M. LOUKILI *La nuova Mudawwana marocchina: una riforma nella modernità*, in R. ALUFFI BECK-PECCOZ (a cura di), *Persone famiglie diritti. Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Torino, 2006

<sup>64</sup> Così si legge nell'articolo 16 della Legge egiziana del 1929.

temporali. Solo gli sciiti riconoscono la fattispecie del matrimonio a termine o *mut'a*, intesa quale forma di unione di mero godimento<sup>65</sup>.

## 2.2 La poligamia ed il ripudio

La dottrina classica islamica riconosce all'uomo musulmano il diritto ad un massimo di quattro donne, a condizione che alle stesse sia riservato il pari trattamento, inteso in termini di tempo e di spazio<sup>66</sup>. Ma è lo stesso Corano a riconoscere la difficoltà di garantire la condizione richiesta (4:129), avallando così quelle posizioni più riformiste che hanno interpretato lo stesso quale abrogazione implicita dell'istituto della poligamia, in quanto fonte di discriminazione tra le donne coinvolte<sup>67</sup>.

In realtà, i rimedi per la donna di limitare un matrimonio poligamico sono circoscritti, seppur le moderne legislazioni prevedono la possibilità di inserire la appena citata "clausola di monogamia" nel contratto di matrimonio, che la avalla a chiederne lo scioglimento se il marito contrae un nuovo matrimonio senza una sua preventiva autorizzazione.

L'ambiguità sulle interpretazioni concernenti la poligamia ha permesso, però, che le moderne legislazioni, prime fra tutte la Tunisia e la Turchia, provvedessero ad una sua restrizione legale od alla sua abolizione. In molte altre legislazioni, tra cui Egitto, Algeria, Marocco, Pakistan, sono stati, invece, introdotti limiti alla sua realizzazione.

Il Codice tunisino del 1956 stabilisce, in particolare, all'articolo 18 che la "pluralità

---

<sup>65</sup> Secondo il diritto islamico sunnita, il matrimonio nasce per durare. Diverso è per gli sciiti secondo i quali il matrimonio a termine ha base giuridica nel Corano nella parte che detta "*versate gli onorari prescritti alle donne di cui avete goduto*" (4:24). Tuttavia, la impostazione sunnita è stata quella maggiormente accolta nelle odierne legislazioni. Il matrimonio deve essere permanente per la legislazione egiziana, recentemente emendata con la legge n. 1 del 2000, per cui ogni clausola che impone una durata al contratto deve essere considerata nulla. La permanenza del contratto è previsto anche nell'articolo 2 della legge n. 61 del 1976 della Giordania, la quale stabilisce che i matrimoni temporanei sono irregolari (articolo 34), nella legge n. 34 del 1975 della Siria, che si allinea a quanto stabilito dalla legislazione egiziana, così come nel Codice dello Statuto Personale dello Yemen, adottato con legge n. 20 del 1992, ed in quello del Marocco, riformato nel 2005, che riconosce il fondamento di una famiglia stabile e la contrarietà alle clausole contrattuali, considerate *fasid* o nulle. Anche le *fatwa* degli esponenti di *al-Azhar* hanno riconosciuto il carattere permanente del matrimonio, il che implica il divieto per le forme di matrimonio temporaneo. Cfr. La *fatwa* di al-Qaradawi citato in B.F. STOWASSER, Z. ABUL-MAGD, *Legal codes and contemporary fatwa: Muslim women and contesting paradigms*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, vol.6, n.1, 2006, pagg. 32-51

<sup>66</sup> "Se temete di non essere equi con gli orfani, sposate allora di fra le donne che vi piacciono, due, tre o quattro, e se temete di non essere giusti con loro, una sola ancella, o le ancelle in vostro possesso", Corano, (4:3).

<sup>67</sup> Cfr. D. PEARL, W. MENSKI, *op. cit.*, pag. 239

di mogli è proibita”, prevedendo la pena detentiva per chi, essendo sposato, concluda un matrimonio con un'altra persona. Il Marocco proibisce la poligamia se ciò è causa di trattamento ineguale denunciato dalla moglie o dalle pluralità di coniugi. In Egitto, le ultime riforme adottate hanno previsto la possibilità della donna di chiedere il divorzio in caso di violazione della clausola di monogamia.

Ciò nonostante, il mantenimento della previsione dell'istituto rappresenta la difesa di una volontà discriminatoria nei confronti delle donne che è la causa principale del mancato accoglimento di legislazioni orientate al riconoscimento del principio di uguaglianza tra i sessi.

Alla poligamia si affianca il ripudio, quale situazione limite in cui è ravvisabile lo status di subordinazione della donna rispetto all'uomo. Il ripudio rientra tra le modalità attraverso cui la dottrina islamica ammette lo scioglimento del matrimonio<sup>68</sup>. L'islam ha sempre riconosciuto la possibilità di interrompere il rapporto coniugale, seppur tale esercizio sia facoltà esclusiva dell'uomo e solo in limitati casi della donna, per la quale è sempre richiesto l'intervento di un terzo soggetto<sup>69</sup>.

Il ripudio o *talaq* è la pronuncia unilaterale attraverso cui solo l'uomo può decidere di porre fine al vincolo matrimoniale, e come tale rimane un privilegio assoluto che l'ordinamento classico riconosce allo stesso.

La dottrina differenzia il ripudio in revocabile (*raji*) o irrevocabile (*ba'in*). Il ripudio è revocabile se posto in essere nel limite di due volte e revocato durante il periodo di ritiro legale<sup>70</sup>. A questo livello, non si determina lo scioglimento del matrimonio ma la sola “separazione dei corpi”<sup>71</sup>, per cui il vecchio matrimonio continua ad essere valido e solo in presenza di una revoca torna a produrre i suoi effetti.

Dopo il terzo ripudio, lo scioglimento è considerato definitivo e come tale irrevocabile, ed i due coniugi possono riunirsi solo a condizione che la donna si sia sposata con un altro uomo, il *muhallil*, sia stata da questo ripudiata e sia rispettato il

<sup>68</sup> Lo scioglimento del vincolo coniugale può aversi per vizi originari del contratto di matrimonio o può essere determinato dalle parti. È in questo ultimo caso che rientra il ripudio maschile o *talāq*, lo scioglimento per mutuo consenso (*mubaraat*), ed il divorzio giudiziale o *taliq*.

<sup>69</sup> Cfr. A.R. DOI, *Shari'ah: the Islamic Law*, London, 1984, pag. 196; A.F. MAKINDE 'KOLA, *Women and divorce: the position of the Shari'a*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 54, n. 3, 2010, pagg. 249-260

<sup>70</sup> Il Corano stabilisce il limite al ripudio sancendo “*Il ripudio vi è concesso due volte, poi dovete o ritenerla con gentilezza o rimandarla con dolcezza*”, (2:229)

<sup>71</sup> La donna, così, seppur separata dal marito, continuerà a godere del mantenimento ed il marito potrà decidere se ritrattare la propria posizione e ritirare il ripudio. Cfr. V. ABAGNATO, *op. cit.*, pag. 99

periodo di ritiro legale<sup>72</sup>. A tal fine è stata prevista la possibilità del triplice ripudio, che bypassando tutti i singoli pronunciamenti, provoca immediatamente lo scioglimento definitivo del matrimonio. Esso rientra, però, tra le tipologie non approvate dalla dottrina ortodossa e pertanto riprovevole o *talaq al-bidah*, in quanto attribuisce una posizione ulteriore di favore all'uomo, che può rendere definitivo il ripudio con un solo atto o dichiarazione, producendo la sua immediata irrevocabilità<sup>73</sup>.

Le attuali legislazioni hanno cercato di contemperare il ricorso al triplice ripudio e preservare la stabilità familiare. La legge egiziana del 1929 all'articolo 3 statuisce che "equivale ad unico ripudio quello accompagnato da parole o gesti indicativi di un numero pari a tre", limitando così anche la semplice gestualità alla quale si voglia far corrispondere una esplicita espressione di volontà "irrevocabile", al fine di ammettere sempre la revoca della pronuncia del ripudio, considerata quale una forma di salvaguardia della moglie, fino al terzo pronunciamento.

Infine, il ripudio può essere reso da una terza persona, diversa dal marito, che sia stato da questo delegato, così come dalla moglie stessa. In tal caso, si parla di auto-ripudio o *tafwid*, per cui la moglie è libera di scegliere quando sciogliere il vincolo matrimoniale. La clausola di auto-ripudio è una delle più previste nei contratti matrimoniali e che le legislazioni attuali consentono tra le clausole apponibili al contratto. È, in ogni caso, previsto per la donna ripudiata un "dono consolatorio" o *mut'a al-talaq*, per il pregiudizio causato<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Questo procedimento prende il nome di *tahlil*, e riferisce al diritto di una coppia di risposarsi dopo che l'uomo abbia pronunciato il terzo ripudio. Il *tahlil*, previsto nel Corano alla *sura* 2:230, rimanda all'espiazione di una sanzione, che avviene nel momento in cui il secondo marito, il *muhaill*, rende la donna nuovamente legittima al primo marito. Lo *Shaykh* di *Al-Azhar* nel 1938, Abd Rahman al-Jasiri, ha trattato la questione dell'eventuale "prezzo" richiesto dal *muhaill* per liberare la moglie ripudiata e permetterle di risposare il primo marito. Citato in B.F. STOWASSER, Z. ABUL-MAGD, *Legal codes and contemporary fatwa: Muslim women and contesting paradigms*, cit. pag. 34

<sup>73</sup> In tal caso il marito dichiara "sei ripudiata per tre volte" o semplicemente ripete per tre volte "sei ripudiata", facendo sì che il ripudio divenga irrevocabile e definitivo.

<sup>74</sup> "Non v'è nulla di male se ripudierete le donne prima di averle toccate o prima di aver fissato loro una dote. Ma assegnate loro i mezzi per vivere, ricchi o poveri, ciascuno secondo le sue possibilità, in modo umano..." , Corano, (2:236); ed anche "Alle ripudiate spettano i mezzi di sussistenza secondo onestà: è un dovere per i timorati di Dio", Corano, (2:241). D. EL-ALAMI, *Mut'at al-Talaq under Egyptian and Jordanian Law*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, 1995, pagg. 54-60

Al fine di limitare il ricorso discrezionale al ripudio, le legislazioni attuali prevedono che lo stesso sia dato attraverso sentenza giudiziale<sup>75</sup>, dopo che siano state esperite tutte le fasi per la conciliazione da parte degli organi giurisdizionali preposti. Solo nel caso in cui la conciliazione non sia possibile, allora il ripudio produrrà i suoi effetti ed a partire dalla data della sentenza decorrerà il periodo di ‘*iddah* per la coniuge ripudiata<sup>76</sup>.

### 2.2.1 *Il khul’ ed il divorzio giudiziale*

Per l’Islam lo scioglimento del matrimonio è prerogativa del marito, ma sono ammesse due modalità attraverso cui la donna può determinare la dissoluzione del matrimonio, quali la procedura del *khul’* ed il divorzio giudiziale. La prima non necessita di alcuna giustificazione seppur richieda un atto di rinuncia da parte della donna; il secondo, al contrario, prevede che la richiedente provi di aver subito dei pregiudizi da parte del marito<sup>77</sup>.

Nel caso di *khul’*, o scioglimento dietro corrispettivo, la donna può “riscattare” se stessa<sup>78</sup>, versando un *quantum* al marito che acconsente di ripudiare la moglie<sup>79</sup>. La

<sup>75</sup> In Algeria è la sentenza del giudice a stabilire il ripudio, dopo aver esperito tutte le possibilità di conciliazione, così come in Marocco, dove è necessaria la decisione giudiziale affinché il ripudio possa produrre effetti.

<sup>76</sup> Per completezza di esame, bisogna ricordare che il matrimonio può essere sciolto anche per mezzo di altri tre metodi “alternativi” che riconoscono un particolare favore all’uomo. Tra questi il *li’ān*, lo *zihār*, l’*ilā*. Il *li’ān* o giuramento imprecatorio è regolato dal Corano al versetto 24: 6-9 e permette al marito di accusare la moglie di rapporti illegittimi (*zinā*), senza correre il rischio di essere punito per chi commette calunnia di fornicazione nei confronti di una donna onesta, senza poter fornire la prova legale. Il giuramento produce lo scioglimento del matrimonio, che una volta decretato con intervento giudiziale è considerato ripudio definitivo. Lo *zihār* o giuramento del dorso, è un istituto arcaico previsto nel Corano al versetto 2:58 che provoca lo scioglimento del matrimonio attraverso l’assimilazione della moglie ad una parte del corpo, in questo caso il dorso, di una donna proibita, generalmente la madre. Allo *zihār* segue la separazione dei due coniugi e rascorsi quattro mesi, se le relazioni non sono riprese, è decretato lo scioglimento definitivo da parte del giudice. L’*ilā* o giuramento di astinenza è il giuramento attraverso cui il marito o la moglie rinunciano ad avere rapporti sessuali. “*A coloro che giurano di separarsi dalle proprie mogli è imposta un’attesa di quattro mesi. Se tornano sul loro proposito Dio è indulgente e perdona. Se saranno confermati nella decisione di divorziarle, Dio ascolta e conosce*” Corano, (2: 226-227), Se il marito non osserva il giuramento entro il termine stabilito, lo stesso viene meno, mentre se è osservato, allora è considerato al pari di un ripudio semplice determinando lo scioglimento del matrimonio.

<sup>77</sup> Cfr. M.T. MANSOORI, *Family Law in Islam*, Islamabad, 2009, pagg. 133 e ss.

<sup>78</sup> “*E tu (giudice) se intendi che loro non sono capaci di rispettare i limiti stabiliti da Allah, non ci sarà colpa su di loro se lei dona qualcosa per la sua libertà*” (Corano, 2:229).

<sup>79</sup> Per la scuola *hanafita*, è sempre necessario il consenso del marito mentre per la dottrina *malikita*, il *khul’* è un diritto della moglie, per cui il consenso del marito non è fondamentale. Cfr. O. ARABI, *The*

disciplina prevede che l'intervento giudiziale non è necessario quando il corrispettivo è stabilito dalle parti, mentre se non vi è accordo, degli arbitri possono decidere sul mantenimento o sullo scioglimento del matrimonio.

Oggetto del *khul'* deve essere qualsiasi cosa che sia assoggettabile a valutazione monetaria e, condizione importante, a differenza del ripudio classico, è che alla moglie non sia riconosciuto alcun diritto al mantenimento durante il periodo di ritiro legale.

A differenza del *talaq*, quindi, che come visto è un atto unilaterale nella disponibilità dell'uomo, il *khul'* è un atto bilaterale, che riconosce l'iniziativa della moglie, seppur necessiti sempre dell'intervento del marito perché lo stesso possa produrre effetti e della rinuncia "economica" al suo mantenimento. Solo quando la moglie non riesce ad ottenere il consenso del partner può rivolgersi al giudice al fine di ottenere una sentenza giudiziale di scioglimento.

Di là del *khul'*, la donna può ricorrere alla procedura del divorzio giudiziale, alla quale i due coniugi sono ammessi in egual misura, e che può essere avanzata sia per vizi del contratto che in caso di pregiudizio.

In questa materia la dottrina *hanafita*, la più restrittiva, riconosce il diritto della moglie solo in casi ben determinati mentre le altre scuole ampliano la casistica autorizzandola ad avanzare istanza di divorzio anche nei casi di mancato mantenimento, assenza<sup>80</sup> e maltrattamenti. La domanda è ammessa, in ogni caso, qualora la moglie dichiari che la convivenza con il marito sia divenuta impossibile, tanto da temere di non poter più osservare i "comandamenti divini", rilevando in questa fattispecie il forte legame tra i diritti riconosciuti e la necessità di rispettare la tradizione divina. Alla donna, invero, non è riconosciuto alcun diritto esclusivo allo scioglimento del matrimonio e le poche facoltà concesse rientrano sempre all'interno della legittimità sharaitica<sup>81</sup>.

---

*dawning of the third millennium on shari'a: Egypt's Law n. 1 of 2000, or women may divorce at will*, in G.N. PICKEN (ed. by), *Islamic Law*, London- New York, 2011, pag. 176-177

<sup>80</sup> Se il marito è assente ma si hanno sue notizie scritte, il matrimonio produce i suoi effetti e la moglie non può risposarsi a meno che il marito non possa mantenerla. In caso di assenza prolungata e di mancanza di notizie del marito, se il marito si ritiene vivo, il matrimonio è valido, mentre se l'assenza è equiparata alla morte presunta, trascorsi quattro anni e rispettata la *'iddah*, il matrimonio è considerato sciolto.

<sup>81</sup> Come per il *talaq*, alla pronuncia di divorzio segue l'obbligo per la moglie di osservare la *'iddah*, ed il diritto al mantenimento od alla *mut'a*, un alimento che può essere concesso fino a due anni dopo la sentenza di scioglimento. Solo la Tunisia ha riconosciuto effetti patrimoniali alla donna più rilevanti a

Come detto, le legislazioni attuali hanno cercato di circostanziare le casistiche che ammettono il ricorso al ripudio unilaterale e rafforzare le possibilità che il vincolo matrimoniale possa venir sciolto per mezzo di una procedura giudiziale<sup>82</sup>, senza abolire le previsioni che ammettono il *talaq*. Secondo An-Na'im, queste riforme sono da considerare il prodotto di una coscienza giuridica volta a modificare il fondamento assiologico della *shari'a* che, seppur non rinunci alla cultura giuridica di appartenenza, individua nuovi percorsi in grado di correggere il regime familiare previsto dalla norma classica e garantire una maggiore equità nei rapporti fra i sessi, superando le classiche discriminazioni ammesse dalla legge islamica classica<sup>83</sup>.

Il riferimento, nella parte che segue, alle due esperienze nazionali oggetto di questo studio, permette di valutare quanto il riformismo sia stato capace di incidere sulla garanzia dell'eguaglianza, seppur in contesti che quotidianamente devono affrontare la questione del rapporto tra le legge dello Stato e quella di Dio. Questo anche in un'esperienza, come quella turca, in cui il sistema laico si è sganciato formalmente dalla cultura giuridica religiosa. Come si vedrà, molte sono le similarità con il sistema tradizionale musulmano, indice delle resistenze di una cultura sociale che è rimasta saldamente radicata alla tradizione di origine del sistema stesso.

### 2.3 La Turchia e la secolarizzazione del diritto di famiglia

La Turchia rappresenta il più liberale degli ordinamenti dell'area musulmana costituendo il sistema che ha evidenziato la maggiore propensione alla riforma della materia. Come visto nel capitolo precedente, la situazione della Turchia è spesso

---

titolo di risarcimento dei danni materiali e morali subiti (art. 31 *Magalla*). Cfr. N. NASSAR, *Legal Plurality. Reflection on the status of women in Egypt*, in B. DUPRET, M. BERGER, L.AL-ZWAINI (ed. by), *Legal Pluralism in the Arab world*, The Hague- London, 1999, pagg. 191-204

<sup>82</sup> Nell'ambito degli ordinamenti contemporanei, la prima grande riforma in tema di divorzio è stata introdotta in Egitto tra il 1920 ed il 1925, nel tentativo di introdurre previsioni tipiche della scuola *makilita* nel rigido e formalistico sistema *hanafita* qui applicato. Ciò ha costituito un precedente per i Codici dell'area, quali quello giordano e quello siriano. Per quanto concerne la Tunisia, invece, il Codice prevede che il divorzio possa essere dato unicamente per mezzo del ricorso a procedure giudiziali e possono accedervi sia lo sposo quanto la sposa, in egual misura. L'articolo 32 introduce le procedure conciliative, stabilendo che nessun divorzio possa essere dato se non siano state precedentemente esperite tutte le procedure volte ad individuare una conciliazione tra i coniugi. Il caso tunisino rappresenta un esempio di ingegneria legislativa, in cui senza tradire la tradizione islamica si è tentato di avviare una fase di modernizzazione della materia familiare.

<sup>83</sup> Cfr. A.A. AN-NA'IM, *Towards an Islamic reformation. Civil liberties, human rights and international law*, New York, 1996

considerata “anomala”, essendo l'unico Stato a maggioranza musulmana ad essersi dichiarato laico e secolarizzato. La Costituzione riferisce alla famiglia nell'articolo 41 definendola la “*principale istituzione della società*” ed imponendo in capo allo Stato il dovere di adottare le misure necessarie per la sua salvaguardia.

Tale disposizione ha trovato traduzione nell'adozione di un Codice Civile di derivazione europea, il quale, emendato nel novembre 2001<sup>84</sup>, è diventato il simbolo della transizione laica posto a garanzia dell'uguaglianza giuridica sia nella sfera privata che in quella pubblica<sup>85</sup>. Lo stesso ha previsto la tutela di un modello di famiglia inteso in “senso moderno” opposto ad una declinazione “tradizionale” ed islamica dell'unione coniugale, seppur quest'ultima continui, come si vedrà, ad essere ancora osservata in quei contesti sociali in cui forte è il richiamo al fattore “religioso”<sup>86</sup>.

Questa parte della ricerca si occupa, così, di investigare lo status giuridico della famiglia turca per comprendere la posizione che la donna occupa oggi, per come modificatasi a partire dalle rivoluzioni guidate da Kemal Mostafa Atatürk<sup>87</sup>.

Fino al 1926, infatti, la Turchia è stata dominata da un diritto su base religiosa accolto nel *Mecelle* ottomano<sup>88</sup> e soltanto con l'adozione della nuova legislazione sono stati introdotti i primi principi giuridici occidentali, determinando l'abrogazione di istituti come la poligamia ed il ripudio, ed avanzando il riconoscimento dell'eguaglianza tra i coniugi attraverso la previsione di regole meramente “civili” per la conclusione del matrimonio<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> Il nuovo Codice è entrato in vigore il 12 gennaio 2002.

<sup>85</sup> Cfr. J. AFARY, *The Human rights of Middle Eastern & Muslim women: a project for the 21st century*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 26, n. 1, 2004, pagg. 106-125

<sup>86</sup> Cfr. T. ANSAY, *Family law*, in T. ANSAY, *Introduction to Turkish Law*, Deventer, 1987

<sup>87</sup> Il primo progetto di riforma della materia familiare era stato avviato nel 1917, ma i condizionamenti delle forze religiose ne avevano limitato gli effetti. Il tentativo riformatore ottomano è stato recuperato dai giovani turchi, i quali hanno portato avanti l'idea di un nuovo modello in cui si è incardinato il progetto di famiglia nazionale turca, (*Milli Aile*), mononucleare e monogama, in contrasto con il modello ottomano di famiglia patrilineare. Cfr. D. KANDIYOTI, *End of Empire: Islam and Women in Turkey*, in D. KANDIYOTI (ed. by), *Woman, Islam and the State*, Philadelphia, 1991, pagg. 23-47

<sup>88</sup> Cfr. C.R. TYSER, D.G. DEMEIRIADES, EFFENDI ISMAIL HAQQI, (translated by), *The Mejjelle. Being an English translation of Majakkahel-Ahkam-I-Adliya and a complete code on Islamic Civil Law*, Lahore, 1967

<sup>89</sup> Cfr. S.O. ÖZDEMİR, *Dal matrimonio religioso al matrimonio statutale in Turchia*, in *DAIMON*, vol. 2, 2002, pagg. 163-178

L'entrata in vigore del Codice Civile ha rappresentato la soluzione più rivoluzionaria del processo di laicizzazione perseguito dalla nuova Repubblica<sup>90</sup>, spodestando la *shari'a* nella regolamentazione della materia "a questa più cara"<sup>91</sup>. La donna è divenuta, in questo quadro, lo strumento attraverso cui rendere la modernizzazione, simbolo dell'avanzamento dello Stato e dell'abbandono della cultura tradizionale di stampo religioso<sup>92</sup>, confermando così lo "state feminism"<sup>93</sup> su cui la nuova compagine statale si è definita<sup>94</sup>, ed eliminando qualsiasi legame con la teocrazia ottomana<sup>95</sup>.

Sulla scorta di questa nuova coscienza, è stato stabilito che alla moglie spettano doveri di collaborazione e non di obbedienza<sup>96</sup>, ed è stata definita un'età minima per contrarre matrimonio, prevista attualmente al compimento del diciottesimo anno per entrambe le parti, salvo diversa autorizzazione del giudice<sup>97</sup>.

Per entrambi gli sposi, è stato sancito l'obbligo all'assistenza del nucleo familiare, sia materiale che morale, in termini di "mutua assistenza ed aiuto" (art. 152), riconoscendo, in tal modo, l'*uguaglianza* nei diritti e nei doveri tra uomo e donna, in applicazione del principio di non discriminazione tra i sessi previsto in Costituzione (articolo 10).

Anche con riguardo allo scioglimento del matrimonio, la legislazione ha stabilito unicamente la forma del divorzio giudiziale, al quale i coniugi sono ammessi in

<sup>90</sup> Cfr. N. BEKERS, *The development of secularism in Turkey*, Montreal, 1964

<sup>91</sup> Cfr. E. ADAL, *Fundamentals of Turkish private Law*, Istanbul, 2005, pagg. 46-53

<sup>92</sup> Kucukalioglu analizza la visione della donna nelle storie che la nuova nazione turca propone alla sua popolazione, ad evidenza di come la cultura di un popolo passi anche attraverso l'immaginario che si attribuisce alla comunità politica. Cfr. E.G. KUCUKALIOGLU, *Imagi-nation of women as gendered national subjects in Turkish novels*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic World*, vol. 4 n. 2-3, 2006, pagg.300-327. Una critica sul modello di modernità imposto da Atatürk con riferimento alle donne è condotta da Birol Başkan, in B. BAŞKAN, *Why did Latife cover her hair?*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, vol. 7, n.2, 2009, pagg. 144-165

<sup>93</sup> Cfr. D. KANDIYOTI, *Women and the Turkish State: political actors or symbolic pawns?*, in N. YUVAL, N. DAVIS, F. ANTHIAS (ed. by), *Women-Nation-State*, London, 1989, pagg. 126-149

<sup>94</sup> Solo l'Iran può essere assimilato alla Turchia nel livello di partecipazione politica e sociale delle donne, seppur in un modello di Stato in cui la *shari'a* è considerata la fonte assoluta della legislazione nazionale. Cfr. L. HALPER, *Disrupted societies, transformative states: politics of law and gender in republican Turkey and Iran*, in *Journal of women of the Middle East and the Islamic World*, vol. 5, n. 1, 2007, pagg. 90-110

<sup>95</sup> Cfr. I. CAPCIOĞLU, *The roles of religion and sex in Turkey: a study on the changing attitudes to male/female relations*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 54, n. 3, 2010, pagg. 213-229

<sup>96</sup> Cfr. M. G. LOSANO, *L'ammodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, Milano, 1985, pagg. 39-52

<sup>97</sup> L'innalzamento dell'età è stato previsto con la riforma al Codice Civile del 2001, con la quale è stata anche eguagliata l'età delle parti per i matrimoni "precoci", non celebrabili in caso di età inferiore a sedici anni.

*equal misura* (articoli 161-173 del Codice Civile), mentre è stato vietato il ripudio. Con il divorzio, la donna riacquista il proprio nome e ritorna ad essere indipendente nella scelta del domicilio.

Nonostante ciò, molti istituti patriarcali dell'ordinamento islamico sono mantenuti nel nuovo modello, determinando una situazione di continuità con la precedente disciplina, oltre che di connivenza tra le norme ufficiali e le regole officiose<sup>98</sup>.

Così, per esempio, se a differenza della precedente disciplina, non è considerato un impedimento il matrimonio tra persone di fede diversa, la parentela, l'affinità, l'incapacità e l'esistenza di un precedente matrimonio comportano ancora l'annullamento dell'unione se conosciuti al momento della conclusione<sup>99</sup>.

### 2.3.1 *La disciplina del matrimonio civile e l'influenza della tradizione*

Riprendendo quanto detto a chiusura del paragrafo precedente, esiste in Turchia un pluralismo nelle "fonti" ufficiali e non ufficiali che caratterizza la materia familiare ed il matrimonio. Se da un lato, la rivoluzione kemalista ha tentato di secolarizzare questa istituzione sganciandola dalle interferenze religiose, la prassi sociale ed il retaggio culturale hanno mantenuto forti le tradizionali regole sul *nikah*.

La Costituzione turca all'articolo 174, comma 4, impone la sola forma del matrimonio civile quale atto per la formazione di un'unione familiare, per cui atti

---

<sup>98</sup> Molti studi evidenziano come sia nelle aree rurali che in quelle urbane il numero di matrimoni conclusi secondo le regole del *nikah* continui ad essere elevato. Il ricorso a matrimoni precoci non è diminuito e vi sono casi in cui le stesse Corti di primo grado hanno autorizzato matrimoni tra minorenni, riflettendo l'opinione che riconosce ancora una certa autorevolezza alla norma islamica. La Corte di Cassazione ha annullato molte di queste decisioni, ma effettive sono rimaste quelle sentenze non oggetto del giudizio in Cassazione, ad evidenza di come la norma islamica continui a trovare applicazione in un contesto in cui le pratiche tradizionali sono ancora largamente accettate anche dagli organi giurisdizionali. Cfr. F. MANSUR COSAR, *Women in Turkish Society*, in L. BECK, N. KEDDIE (ed. by), *Women in the Muslim world*, London, 1978, pagg. 124-140; I. YILMAZ, *Non-recognition of Post-modern Turkish Socio-legal reality and the predicament of women*, in *British Journal of Middle Eastern Studies*, vol. 30 n. 1, 2003, pagg. 33-34. Ciò trova conferma anche nella materia della poligamia, abolita formalmente, ma ancora osservata nella prassi sociale, in quanto "benedetta" dalla tradizione religiosa. Cfr. I. YILMAZ, *Muslim laws, politics and society in modern nation states. Dynamic legal pluralism in England, Turkey and Pakistan*, Burlington, 2005, pag. 116

<sup>99</sup> Tra gli impedimenti, rilevano la capacità giuridica a contrarre matrimonio (art. 125), la consanguineità (art. 129), l'esistenza di un precedente matrimonio ancora valido (art. 130), l'esistenza di una relazione adottiva assimilata alla parentela (articolo 142), il periodo di attesa, (artt. 130,154), ed alcune malattie, individuate dal Codice all'articolo 123.

## CAPITOLO V

contrari a tale regola sono punibili come crimini<sup>100</sup>. L'articolo 143 del Codice, conferma che se le parti lo desiderano, il matrimonio può essere solennizzato con un rito religioso, ma questo deve sempre seguire la registrazione del matrimonio, al termine del rito civile, tantoché la celebrazione di un matrimonio religioso in momento antecedente ne comporta la nullità.

La questione è stata oggetto anche dell'attenzione della Corte Costituzionale<sup>101</sup>, la quale si è occupata di esaminare la costituzionalità della norma ordinante la pena detentiva in caso di matrimonio religioso, di cui all'articolo 237 comma 4 del Codice Penale, considerato in violazione dell'articolo 10 della Costituzione. Nelle parole della parte ricorrente, la norma è da ritenersi incostituzionale nella parte che riferisce al solo matrimonio religioso quale fattispecie delittuosa assoggettabile alla pena, senza includere anche altre forme di unioni "non ufficiali", come la coabitazione. A parere della Corte, tuttavia, la norma non è contraria al principio di eguaglianza di cui all'articolo 10 della Costituzione, essendo la stessa una disposizione che tratta in maniera diversa due fattispecie che sono da considerarsi differenti. La disposizione penale, infatti, non ha l'obiettivo di perseguire tutte le forme di unione tra due persone, motivo per cui la stessa non trova applicazione nei confronti di coloro che scelgono la coabitazione, mancando in questa ultima l'intenzione al matrimonio. La Costituzione, invero, protegge la famiglia stabilendo il solo modello del matrimonio civile all'articolo 174. A ciò si aggiunge il dovere dello Stato di garantire la laicità di cui all'articolo 2, imponendo misure restrittive per coloro che oltraggiano il sistema costituzionale ed i principi su cui questo si fonda. La legge, in applicazione della Carta, non proibisce il matrimonio religioso, ma prevede la precedenza del rito civile, per cui spetta al legislatore penale colpire le situazioni che violano il modello stabilito nella Carta.

Per tali motivi rigetta la Corte questione, confermando e rafforzando in tal modo la visione secolare del modello di famiglia turca.

---

<sup>100</sup> Cfr. articolo 108 del Codice Civile e 273 comma 3 del Codice Penale, per i quali la pena prevista è la reclusione dai tre mesi ai due anni per l'officiante il matrimonio, mentre il pubblico ufficiale che rilascia un certificato di matrimonio senza il controllo dei requisiti previsti dalla legge, può essere punito con tre mesi di reclusione. Le parti che concludono un matrimonio religioso antecedentemente a quello civile, possono essere punite con la reclusione dai due ai sei mesi. La punibilità è conseguente ad una pronuncia di condanna, il che evidenzia come molti matrimoni illegali conclusi rimangano impuniti, stante la difficoltà di dimostrare l'esistenza dell'unione stessa.

<sup>101</sup> Sentenza del 24 novembre 1999 n. E. 1999/27- K. 1999/42 in *Ufficiale Gazette* n. 24743 del 02 maggio 2002

Nonostante però l'imposizione di una struttura giuridica laica, le norme islamiche o ufficiose hanno continuato ad essere osservate ed a produrre i loro "effetti", stante la forza "sociale", riconosciuta alla *shari'a* soprattutto nelle aree più arretrate del paese. L'attuale situazione di "post-modernismo giuridico" turco, di fatto, si caratterizza per la presenza di una duplice "fonte" normativa, che continua a condizionare il costituzionalismo qui accolto. La completa laicizzazione della Turchia, invero, non ha ancora trovato attuazione tantoché la stessa potrà essere considerata compiuta solo quando anche le limitazioni all'applicazione *tout court* della legislazione statale verranno meno, con l'accettazione anche da parte delle sfere sociali della separazione tra Stato e religione<sup>102</sup>.

In questo frangente, i principali soggetti a soffrire della mancata transizione laica sono le donne, le quali a causa dei casi di "abuso" del *nikah* diventano le principali vittime di un mancato riconoscimento di diritti, a dimostrazione di come anche la Turchia, nonostante le enunciazioni formali, continui a soffrire nella pratica della situazione di disuguaglianza giuridica su base religiosa prevista dalla normativa islamica, superando quanto stabilito dalla stessa Carta Costituzionale.

La volontà riformatrice debole, in linea con un costituzionalismo ancora in fase di transizione, ha mantenuto la centralità dell'islam quale elemento identificante la nazionalità turca, sostenendo un sistema giuridico ibrido, in cui ancora centrali sono gli effetti prodotti dalla normativa religiosa, con il conseguente mantenimento di istituti ufficiosi, come la poligamia ed il ripudio, che la legislazione ufficiale ha, invero, formalmente abolito<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Tra le disposizioni adottate dal legislatore al fine di "regolarizzare" le situazioni illegali e diffondere una cultura "laica" rientrano le leggi di amnistia, emanate con una cadenza regolare dal legislatore nazionale (1933, 1945,1950, 1957, 1965,1974,1981,1991). Il problema è stato affrontato anche dalle Corti turche, le quali hanno dovuto più volte chiarire il contenuto del nuovo Codice Civile del 1926. Così, con riferimento ad istituti tradizionali come quello del *mahr*, la Corte di Cassazione ha sostenuto solo inizialmente che lo stesso in caso di divorzio fosse dovuto (*Cass., II, 28/03/1935*), ma in seguito ha dichiarato nulli tutti gli accordi aventi il donativo nuziale come base della questione per contrarietà all'ordine pubblico (*Cass. II, 02/06/1959*). Con la decisione del 1959 (*Cass. SS. UU., 02/12/1959 n. 14/30*), la Corte ha sottolineato come il *mahr* possa essere considerato sotto una duplice veste, sia quale obbligazione contrattuale che quale obbligazione legata al matrimonio religioso. Nel primo caso, è assunto al pari di un diritto acquisito da pagare in caso di divorzio. Al contrario, se dovuto in virtù di una obbligazione religiosa, il suo fondamento viene meno, per cui in caso di divorzio per il marito non sorge alcun obbligo di natura pecuniaria.

<sup>103</sup> Questa lettura non deve essere estremizzata, in quanto deve essere sempre riconosciuto il ruolo che la riforma ha svolto nel sistema istituzionale turco, a partire dalla posizione della donna. Ciò che si vuole evidenziare, però, è come la volontà di imporre un modello giuridico quale veicolo per il cambiamento rischia di non innescare quel mutamento richiesto, tanti da mantenere in vita il sistema

### 2.3.2 La riforma del 2001 al Codice Civile

Si è già detto che il Codice Civile del 1926 è stato emendato con l'approvazione della riforma del novembre 2001, con la quale è stata ampliata la schiera dei diritti riconosciuti alle donne, rappresentando la prima vera riforma organica dalla data della entrata in vigore dello stesso. Già nel 1997 il legislatore turco era intervenuto, ma solo al fine di modificare l'articolo 153 del Codice, stabilendo il diritto della moglie a mantenere il proprio cognome anche dopo la conclusione del matrimonio<sup>104</sup>, dietro formale richiesta all'ufficio civile. A questa prima riforma è seguita, una nota decisione della Corte costituzionale, la quale con sentenza del settembre del 1998<sup>105</sup> ha confermato il principio di eguaglianza nell'ambito familiare proprio con riferimento al diritto della donna di mantenere il proprio cognome.

Nella materia matrimoniale, infatti, secondo la Corte, la legislazione turca riconosce la priorità di uno degli sposi al fine di salvaguardare l'unità della famiglia, prevedendo l'utilizzo del solo cognome del padre per i componenti della stessa. La Corte conferma come la donna, però, non sia assoggettata a tale regola, potendo continuare ad usare il proprio cognome davanti a quello del marito dietro richiesta agli uffici competenti. La scelta di dare alla famiglia un solo cognome risponde ad una esigenza di unità e di conformità, ma ciò non deve arrecare pregiudizio alla donna, alla luce degli articoli 12 e 17 della Costituzione, disciplinanti rispettivamente il riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali ed il diritto alla vita ed alla protezione della stessa. Lo stesso principio di uguaglianza, ricorda la Corte, tutelato nella Costituzione all'articolo 10, non deve essere inteso quale un'uguaglianza assoluta, ma quale obbligo di perseguire un equo trattamento nelle situazioni in cui i soggetti sono vincolati dai medesimi obblighi e doveri. Il giudice costituzionale identifica, quindi, la donna, quale un soggetto autonomo rispetto all'unione familiare,

---

preesistente che si voleva superare. Così I. YILMAZ, *Secular law and the emergence of unofficial Turkish Islamic Law*, vol. 56, n.1, 2002, pagg. 114-131

<sup>104</sup> Articolo 1 della legge n. 4248 del 14 maggio 1997, pubblicata nella *Official Gazette* n. 22996 del 22 maggio 1997

<sup>105</sup> Sentenza della Corte Costituzionale del 29 settembre 1998 n. E. 1197/61-K. 1998/59 in *Official Gazette* n. 24937 del 15 novembre 2002

convalidando la scelta del legislatore nella previsione che garantisce un maggiore “riconoscimento” giuridico e sociale della stessa.

All'importante sentenza segue l'adozione del Codice per la Protezione della Famiglia del 17 gennaio 1998<sup>106</sup>, norma che mira a salvaguardare l'unione familiare soprattutto nei casi in cui un membro della stessa sia sottoposto a violenze<sup>107</sup>.

La riforma, tuttavia, non tocca la disposizione formale che continua ad identificare il marito come “capo famiglia”, mantenendo così una visione del diritto che riconosce una posizione di supremazia nel rapporto coniugale, spesso tradottosi in limitazioni sostanziali delle libertà della donna, come l'accoglimento del divieto allo svolgimento di attività lavorative imposto dal marito, al di fuori dalle mura domestiche.

In realtà, in assenza di un'azione legislativa, la Corte Costituzionale, nella sentenza del 2 luglio 1990<sup>108</sup>, aveva già riconosciuto l'incostituzionalità dell'articolo 159 del Codice Civile, in materia di consenso del marito allo svolgimento di un'attività lavorativa del coniuge, stabilendo la contrarietà della disposizione con l'articolo 10 e dell'articolo 49 della Costituzione, che tutela il lavoro come un diritto e un dovere di tutti i cittadini, indipendentemente dal sesso di appartenenza<sup>109</sup>.

Il legislatore turco accoglie l'indirizzo dato dal giudice delle leggi solo dieci anni più tardi, con l'adozione del Codice del 2001, quando tale norma è abrogata unitamente

---

<sup>106</sup> Legge n. 4320 del 14 gennaio 1998, in *Ufficiale Gazette* n. 3233 del 17 gennaio 1998

<sup>107</sup> Sulla base di quanto stabilito dalla nuova norma, se un membro di una famiglia è sottoposto a violenze, il giudice può decidere di allontanarlo dal soggetto che ha posto in essere le violenze, o di modificarne la residenza. L'allontanamento della famiglia non può superare il periodo di sei mesi, ma se la persona allontanata dovesse continuare a subire delle violenze, allora l'autore potrà essere sottoposto a detenzione obbligatoria per un periodo tra i tre e i sei mesi di carcere.

<sup>108</sup> Cfr. *Resmi Gezete. Anayasa Mahkemesi Karari- Gazzetta ufficiale (Decisioni della Corte Costituzionale)* del 2 luglio 1992. Citata in A.E. MAYER, *Reform on personal status laws in North Africa: a problem of Islamic or Mediterranean laws*, in *Middle East Journal*, vol. 49, 1995, pagg. 432-446

<sup>109</sup> Il caso riguarda una disputa sulla legittimità del lavoro in locali notturni realizzato dalla donna, la quale dopo essersi rifiutata più volte di consegnare i suoi guadagni al marito, le viene vietato di lavorare da parte dell'uomo. Come fa osservare la Mayer, la sentenza della Corte costituzionale può rappresentare un precedente giuridico al quale anche gli altri ordinamenti dell'area islamico-mediterranea possono appellarsi. Tali ordinamenti riconoscono tutti il principio di uguaglianza formale dei cittadini, senza discriminazione riguardo al sesso. Tra questi, l'articolo 40 della Costituzione egiziana del 1971, l'articolo 25 della Costituzione algerina, l'articolo 5 della Costituzione del Marocco ed, infine, l'articolo 6 della Costituzione tunisina. Ciò a dimostrazione di come la tutela costituzionale dei diritti può divenire una delle principali vie percorribili per la riforma di tali sistemi giuridici, in tema di discriminazioni contro le donne. Cfr. A.E. MAYER, *Reform on personal status laws in North Africa: a problem of Islamic or Mediterranean laws*, cit., pagg. 444-445

alla previsione sul mantenimento, riconoscendo la moglie quale “collaboratrice” del marito ed eliminando la disposizione che imponeva il marito come “capo famiglia”.

Tra i fattori principali che hanno portato a compimento le riforme, sicuramente le richieste dei movimenti femministi turchi, ma anche le pressioni provenienti dalla Comunità internazionale, ed *in primis* dalla Comunità Europea. Sia gli obblighi sanciti nella CEDAW<sup>110</sup> che i *dictates* previsti dall’Unione in vista dell’ingresso della Turchia<sup>111</sup> hanno spinto verso l’adozione delle riforme al Codice, ampliando il novero dei diritti riconosciuti e semplificando il linguaggio della norma, nonostante il clima di forte tensione in cui la nuova legislazione è stata adottata<sup>112</sup>.

Se si concentra l’attenzione sul dibattito sviluppato intorno alla riforma della materia civilistica, infatti, si prende atto di come la stessa sia stata motivo per fomentare uno scontro sul ruolo della religione nelle istituzioni pubbliche, divenendo prova evidente dell’esistenza di una tensione verso l’islam, inteso non solo come una religione, ma anche e soprattutto quale sistema culturale ed istituzionale onnicomprensivo.

Questi dibattiti rappresentano lo specchio del sistema turco contemporaneo, che evidenzia come la religione islamica riesca a condizionare ancora lo status dei diritti dei singoli, ed in questo caso della donna. Tutto questo in un ordinamento che ha abbracciato la logica secolare da decenni, e che evidenzia le resistenze ancora presenti nell’arena politica al riconoscimento di pari tutele giuridiche, limitando così quel principio di uguaglianza protetto in Costituzione<sup>113</sup>.

#### 2.4 L’Egitto ed il confessionalismo dello statuto personale

A differenza della Turchia, in Egitto la disciplina dello statuto personale non è mai stata svincolata dal dominio sharaitico ed il processo di modernizzazione, che ha

---

<sup>110</sup> Come vedremo, la Turchia è tra gli Stati che ha ratificato la Convenzione, apponendo delle riserve alla stessa. Dopo la Conferenza di Beijing, però, il governo turco si è impegnato ad avviare una serie di riforme, tra cui il nuovo Codice Civile, che hanno portato al ritiro delle riserve apposte alla Convenzione stessa. Cfr. Y. ARAT, *Women’s rights and Islam in Turkish politics: the civil code amendment*, in *The Middle East Journal*, vol. 64, n. 2, 2010, pagg. 235-252

<sup>111</sup> Cfr. B. YESULADA, *op. cit.* Il programma presentato all’Unione europea è disponibile sul sito: [www.abgs.gov.tr/index.php?p=195&l=1](http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=195&l=1)

<sup>112</sup> [www.tbmm.gov.tr/tutanak7donem217yil4/bas/b011m.htm](http://www.tbmm.gov.tr/tutanak7donem217yil4/bas/b011m.htm)

<sup>113</sup> Cfr. Y. ARAT, *op.cit.*

toccato le altre materie giuridiche, non ha riguardato la disciplina del diritto di famiglia, che è rimasta così sotto il dominio della tradizione<sup>114</sup>.

Ciò nonostante, l'Egitto ha visto il diffondersi, fin dal diciannovesimo secolo, di un "feminist discourse"<sup>115</sup>, il quale si è mobilitato al fine di ottenere la legittimazione del ruolo sociale delle donne<sup>116</sup>, accolto nella Costituzione del 1923. Ciò ha condotto alla tutela dell'uguaglianza formale di tutti i cittadini<sup>117</sup> in materia di diritti civili e politici e nelle responsabilità nella vita pubblica, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione. La Costituzione del 1956 ha, altresì, confermato "il principio di uguaglianza nelle opportunità per tutti gli egiziani", al quale è seguito il riconoscimento formale del diritto di voto e di uguale trattamento nel mondo del lavoro, sia in termini di opportunità che di salario.

Il principio è stato accolto nella Costituzione del 1971 alla quale è seguita l'adozione della legge n. 44 del 1979, che ha provveduto a modificare lo status della donna nell'unione matrimoniale, nel tentativo di modificare e "liberare" lo statuto personale dal peso della tradizione. La norma è stata però dichiarata incostituzionale e la sua portata "rivoluzionaria" è stata ripresa, seppur con dei contingentamenti, quasi un decennio più tardi, con la legge n. 100 del 1985.

Nell'ultimo decennio il legislatore ha cercato di fare dei passi in avanti con due importanti riforme, la legge n. 1 del 2000 e la legge n. 10 del 2004, con le quali è stata garantita una migliore condizione giuridica delle donne, seppur limitandosi alla sola materia dello scioglimento del matrimonio.

L'attuale stato di agitazione socio-politica e di fermento giuridico, caratterizzato dal processo di transizione costituzionale in corso, rappresenta un momento determinante nel comprendere l'indirizzo che il nuovo legislatore vorrà seguire con riguardo alla posizione della donna, stante il massiccio coinvolgimento delle stesse nel sostegno al cambiamento. Nonostante queste mobilitazioni, tuttavia, la

---

<sup>114</sup> Cfr. N. NASSAR, *op. cit.*

<sup>115</sup> Cfr. M. BADRAN, *Between secular and Islamic feminism. Reflections on the Middle East and Beyond*, in *Journal of Middle East women's studies*, vol. 1, n. 1, 2005, pagg. 7

<sup>116</sup> Per una disamina sull'evoluzione dei movimenti femministi dalla fine del diciannovesimo secolo ad oggi, cfr. M. BADRAN, *Comparing agenda: Feminist, Islam and the State in nineteenth and twentieth century Egypt*, in D. KANDIYOTI (ed. by), *Woman, Islam and the State*, Philadelphia, 1991

<sup>117</sup> Lo stesso concetto di cittadinanza accolto nella legislazione evidenzia come la donna sia subordinata alla figura maschile. Cfr. A.E.A. SONBOL, *The woman follows the nationality of her husband; guardianship, Citizenship and gender*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic World*, vol. n.1, 2003, pagg. 86-117

legislazione ancora in vigore rimane il simbolo di una mancata volontà di sganciarsi dalla tradizione islamica, alla luce del richiamo alla *shari'a* posto direttamente in Costituzione.

L'analisi della materia dello statuto personale permette, così, di comprendere la peculiarità di un ordinamento in cui il richiamo alla legge islamica rappresenta un *leit motiv*, che ha condizionato e che continua ancora ad influenzare i diritti dei singoli e nello specifico delle donne.

#### 2.4.1 Peculiarità del sistema giuridico egiziano in materia di diritto di famiglia

La normativa sul diritto di famiglia in Egitto presenta i caratteri della disomogeneità, la quale, mancando di un Codice organico, ha mantenuto un carattere “personale”, applicato ai soli cittadini musulmani, mentre per i non musulmani ha continuato a trovare applicazione la disciplina specifica della comunità di appartenenza<sup>118</sup>.

Lo statuto personale si è composto, così, di una serie di norme *ad hoc*, tra cui anche di disposizioni adottate in ambiti non direttamente riferenti la materia. Tra queste, il decreto n. 78 del 1931 sull'organizzazione delle Corti Sharaitiche, con il quale è stato consolidato l'obbligo previsto dalla legge del 1923 sulla registrazione del matrimonio, prevedendo l'inammissibilità di cause di scioglimento basate su unioni non registrate (articolo 99)<sup>119</sup>; ancora la legge n. 462 del 1955, che ha abrogato le stesse Corti religiose, istituendo un unico sistema giurisdizionale civile, seppur nell'ambito di una legislazione nazionale avente come fonte una disciplina con origine divina.

Se si volge l'attenzione alla specifica normativa sullo statuto personale, si prende atto di come il legislatore qui abbia concentrato la sua principale attenzione sulla disciplina dello scioglimento del matrimonio, la quale diventa, pertanto, la materia preferenziale attraverso cui valutare l'approccio egiziano alla materia dei diritti delle donne.

<sup>118</sup> In questo sistema frammentato fa eccezione la disciplina delle successioni e degli atti di ultima volontà, la quale, come diritto nazionale, trova applicazione per tutti i cittadini dello Stato.

<sup>119</sup> La legislazione egiziana non ha fissato un'età minima, ma ha ristretto l'ambito delle competenze del giudice islamico, il quale non può accettare ricorsi di soggetti che non abbiano compiuto l'età di sedici anni per la ragazza e di diciotto per il ragazzo. La legge n. 78 del 1931 ha così limitato l'accesso alle Corti ai ricorrenti che non hanno compiuto l'età prevista dalla legge al momento del ricorso, e non solo al momento della conclusione del matrimonio.

È nell'ambito della regolamentazione di questo istituto che nel 1920 è adottata la legge n. 25<sup>120</sup>, integrata ed emendata poi nel 1929 con la legge n. 25<sup>121</sup>, con le quali per la prima volta sono introdotti nell'ordinamento nazionale i principi della scuola *malikita*<sup>122</sup>, i quali hanno permesso il superamento delle rigidità della dottrina *hanafita* ed il riconoscimento di nuovi motivi per l'ammissibilità dell'azione di divorzio per la donna.

La legge del 1920 introduce, *in primis*, il mancato mantenimento quale causa che ammette il diritto della donna allo scioglimento del matrimonio (articolo 4), diritto che decade in caso di apostasia, di abbandono della casa familiare o di rifiuto immotivato all'obbedienza da parte della stessa. Il divorzio per mancato mantenimento è però revocabile, qualora il marito provi la sua solvenza e provveda a versare il mantenimento dovuto durante il periodo di ritiro legale. Gli articoli 9-11 disciplinano, invece, il divorzio per vizi, come nel caso di malattia incurabile, i quali prevedono, però, la necessità che la donna provi che il matrimonio sia stato concluso in assenza del difetto o senza che la stessa ne fosse a conoscenza. In tali casi il divorzio è definitivo, secondo quanto disposto dall'articolo 10.

Con la seguente legge del 1929 il legislatore amplia la materia, stabilendo che il ripudio dell'ubriaco o dato in stato di violenza non ha luogo (articolo 1), e ponendo così l'accento sulla reale intenzione al ripudio, in mancanza della quale la pronuncia non può essere accolta. Allo stesso modo, il ripudio non può essere sottoposto a condizione (articolo 2), ed è limitato il ricorso al triplice ripudio, da considerarsi sempre al pari di un singolo pronunciamento (articolo 3). L'articolo 6 introduce il divorzio a seguito di maltrattamenti, sulla base dei principi della scuola giuridica *malikita*, per cui se il marito maltratta la moglie o la convivenza diventa impossibile,

---

<sup>120</sup> Pubblicata in *al-Waqa'i al-misriyya*, n. 61 del 10 luglio 1920. La norma è disponibile in lingua italiana in R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia degli stati arabi del nord Africa*, Torino, 1997, pagg.65-68

<sup>121</sup> Pubblicata in *al-Waqa'i al-misriyya*, n. 67 del 25 marzo 1929. La norma è disponibile in lingua italiana in R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia degli stati arabi del nord Africa*, cit., pagg.69-76

<sup>122</sup> Le riforme del diritto di famiglia in Egitto sono state permesse grazie a tre specifiche tecniche, la *siyasa shariyyah*, il *takhayyur* ed il *tafliq*. Il primo rimanda al potere legislativo dello Stato legittimato dalla religione, consistente nell'adozione di atti volti ad assicurare alla società delle norme compatibili con il governo della *shari'a*; il *takhayyur* o selezione, consente la selezione di principi formulati da scuole giuridiche diverse rispetto a quella di appartenenza, ma appartenenti al novero delle dottrine ortodosse; il *tafliq* consiste in un metodo innovativo di riforma per cui le dottrine di diverse scuole sono combinate al fine di ottenere un unico principio giuridico. Cfr. J.L. ESPOSITO, *Women in Muslim Family Law*, cit. pag. 56 e pagg.119-121

la moglie è ammessa a chiedere il divorzio giudiziale, il quale è irrevocabile se il maltrattamento è provato<sup>123</sup>. Gli articoli 12- 14 ammettono, infine, il divorzio per assenza, per cui se il marito è assente da almeno un anno senza motivo, la moglie è legittimata ad avanzare domanda di scioglimento del matrimonio senza obbligo di provare il pregiudizio subito<sup>124</sup>.

Queste norme sono rimaste in vigore per decenni. Soltanto nel 1985 è entrata in vigore la legge n. 100<sup>125</sup>, la quale ha introdotto nella legislazione egiziana istituti nuovi volti ad adeguare la condizione giuridica della donna alle condizioni attuali.

La norma, inglobante parte delle riforme che erano state adottate con il decreto n. 44/1979 poi dichiarato incostituzionale, ha limitato il matrimonio poligamico<sup>126</sup>, introducendo la cosiddetta clausola di monogamia, di cui all'articolo 11bis, e stabilendo l'obbligo del marito di comunicare al momento del matrimonio l'intenzione di prendere più mogli. È ammesso, così, di converso, il diritto della moglie di chiedere il divorzio in caso di violazione della clausola, a condizione che la stessa provi di aver subito un pregiudizio. Il diritto decade se la donna non lo esercita entro un anno dal momento in cui è a conoscenza del nuovo matrimonio. Allo stesso modo, la nuova moglie è legittimata a chiedere il divorzio se ignora il precedente matrimonio dell'uomo e lo apprende solo dopo la conclusione del contratto stesso.

Considerata in violazione della *shari'a*, e quindi dell'articolo 2 della Costituzione, la norma è stata oggetto di un ricorso di costituzionalità davanti la Suprema Corte Costituzionale egiziana. Nel suo dispositivo, il giudice delle leggi conferma la legittimità coranica della poligamia, ma al contempo ricorda come il rapporto tra i coniugi deve essere improntato all'onorabilità ed all'equità, per cui la conclusione di

<sup>123</sup> Cfr. L. WELCHMAN, *Women's rights and Islamic family law. Perspectives on Reform*, cit., pag. 34

<sup>124</sup> La norma stabilisce che nel caso in cui sia possibile contattare il marito, il giudice può fissare un termine per avvisarlo della volontà della moglie di sciogliere il matrimonio; entro il termine stabilito, se il marito non presenta delle giustificazioni valide, il matrimonio è sciolto irrevocabilmente. Lo stesso vale in caso di prigionia (art.14)

<sup>125</sup> Pubblicata in *El-Gareda El Rasmeia*, n. 27, del 4 luglio 1985. La norma è disponibile in lingua italiana in R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia degli stati arabi del nord Africa*, cit., pagg.69-76

<sup>126</sup> La nota accompagnatoria spiega come la norma non è finalizzata a limitare il diritto alla poligamia, quanto ad ampliare i diritti della donna ad ottenere lo scioglimento del matrimonio, se dalla poligamia ne discenda un pregiudizio per la stessa. L'introduzione dell'onere della prova vede, però, un aumento della discrezionalità del giudice nel valutare l'esistenza o meno del pregiudizio subito, tanto da comportarne anche il non accoglimento dell'istanza. Cfr. N.B.MAUGIRON, B. DUPRET, *Breaking up the family: divorce in Egyptian law and practice*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, vol.6 n.1, 2006, pagg. 56-57

un nuovo matrimonio può essere ammesso solo se il marito non crei pregiudizi o favoritismi fra le parti in causa. Da ciò ne consegue che l'articolo 11bis non viola il diritto alla poligamia, ma suggella il diritto della moglie di chiedere lo scioglimento del matrimonio se non è tutelato il suo diritto all'equo trattamento, violando quell'obbligo che lo stesso Corano prevede, confermando quindi la costituzionalità della norma, alla luce degli scopi perseguiti dalla stessa *shari'a*<sup>127</sup>.

La lettura della Corte conferma l'impostazione del legislatore, volta ad aprire varchi significativi nei casi di maggiore discriminazione della donna, quale è il caso del matrimonio poligamico, rafforzando una lettura modernista delle fonti sacre che apre a nuove forme di tutela dei diritti dei singoli.

Oltre alla poligamia, la nuova legislazione limita il ricorso al ripudio nella parte che stabilisce l'obbligatorietà dell'atto notarile quale mezzo per portare a conoscenza l'intenzione di sciogliere il matrimonio, da comunicarsi alla moglie entro 30 giorni. Allo stesso segue, il riconoscimento del diritto al mantenimento della moglie (articolo 5bis) e del dono di consolazione se il ripudio è dato senza giusta causa (articolo 18bis).

Il mantenimento può essere sospeso nel caso di disobbedienza, ma la donna può ricorrere in tribunale entro trenta giorni adducendone i motivi (articolo 11ter), ed il giudice può, sulla base degli stessi, stabilire un mantenimento temporaneo. Inoltre, il mantenimento è dovuto anche qualora la moglie svolga attività lavorativa o lasci il domicilio coniugale senza il consenso del marito.

Anche la questione del mantenimento è stata oggetto di una sentenza della Suprema Corte Costituzionale<sup>128</sup>. In questa occasione, la Corte tratta il diritto alla custodia ed all'abitazione maritale<sup>129</sup> e, nello specifico, l'obbligo del marito di versare un alimento quale "consolazione" o *mut'a* del torto subito a seguito di dichiarazione di

---

<sup>127</sup> Cfr. H.A.L. GABR, *Interpretation of article two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court*, in K. BOYLE, A.O. SHERIF (ed. by), *Human rights and Democracy. The role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London, 1996, pagg. 218-227

<sup>128</sup> Caso n. 7 del 15 Maggio 1993, in *Supreme Court Decision Collection (SCDC)*, vol. V, part. 2, pagg. 265-290

<sup>129</sup> In applicazione della dottrina *hanafita*, una volta superata l'età per la custodia (otto anni per la bambina e dieci per il ragazzo), il minore passa sotto la tutela del padre. Con l'intervento legislativo del 1985, però, il giudice può estendere il periodo di custodia fino a 15 anni per il figlio maschio e fino alla consumazione del matrimonio per la figlia femmina. Questa norma è confermata dalla Suprema Corte Costituzionale, secondo la quale non esiste alcuna norma nella *shari'a* che vieti al giudice di stabilire una custodia più duratura alla madre in caso di divorzio.

divorzio, ai sensi dell'articolo 18 appena esaminato<sup>130</sup>. Analizzando le fonti giuridiche, la Corte chiarisce come il Corano riconosca il diritto della donna ad un dono consolatorio in caso di ripudio, seppur senza specificare l'ammontare, mentre il riferimento alla giurisprudenza classica rivela come tale obbligo sia limitato ai soli casi di mancata consumazione del matrimonio. Non esiste, dunque, una norma definitiva che vieti l'imposizione dell'aggravio monetario al marito in caso di divorzio in favore della moglie, per cui l'intervento legislativo non può essere considerato contrario alla legge islamica, che stabilisce tra l'altro il dovere del marito a trattare la compagna con "gentilezza" anche nel momento del ripudio. Per questi motivi, la Corte conferma il diritto al dono consolatorio della moglie in caso di scioglimento del matrimonio, da interpretare alla stregua di un rafforzamento delle garanzie previste per la donna ed, al contempo, quale forma per limitare il ricorso al potere assoluto al ripudio unilaterale esperibile dall'uomo<sup>131</sup>.

Così facendo, ancora una volta il giudice costituzionale va a garantire interventi di tutela a favore della donna, seppur nel rispetto del principio costituzionale che impone la supremazia della legislazione sharaitica sulla normativa nazionale.

#### 2.4.2 I recenti interventi legislativi: la legge n. 1 del 2000 e la legge n. 10 del 2004

Nell'ultimo decennio il legislatore è intervenuto con altre due importanti riforme, la legge n. 1 del 2000, che ha introdotto il procedimento del divorzio dietro corrispettivo (*khul'*), la regolamentazione del regime probatorio del matrimonio e del ripudio<sup>132</sup>, e la legge n. 10 del 2004, istitutiva dei Tribunali di famiglia.

<sup>130</sup> Cfr. F.M. NAJJAR, *Egypt's Laws of Personal Status*, in *Arab Law Quarterly*, n. 10, 1988, pagg. 334-335

<sup>131</sup> Nel 1994 la Suprema Corte Costituzionale egiziana ritorna sulla questione dei diritti economici, il rapporto tra l'articolo 2 della Costituzione e lo statuto di famiglia. Il caso n. 29 del 26 marzo 1994 (in *Supreme Court Decision Collection -SCDC-*, vol. IV, pag. 259 e ss.) si ricollega a quello appena esaminato nello stabilire l'obbligo del marito di prevedere un *quantum* economico da versare alla moglie per il mantenimento dei figli finché questi si trovino sotto la custodia della stessa. Ancora l'eccezione di costituzionalità riguarda l'articolo 18, il cui comma 4 impone il versamento delle somme alla moglie per il mantenimento del figlio affidatole in custodia. La Corte conferma la legittimità costituzionale della norma, non individuando alcuna norma nel Corano che vieti la ripetizione delle somme sostenute per il minore affidato alla madre, al fine di evitare che la madre subisca un ulteriore aggravio dal ripudio unilaterale dichiarato del marito.

<sup>132</sup> Cfr. D. EL-ALAMI, *Remedy or device? The system of Khul' and the effects of its incorporation into Egyptian personal status law*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 6, 1999-2000, pagg. 134-139

La prima novità è accolta nell'articolo 20<sup>133</sup> dello statuto personale e prevede l'istituto dello scioglimento del matrimonio attraverso la procedura del *khul'* anche nell'ordinamento egiziano. Così, alla luce di quanto previsto nella disposizione in oggetto, gli sposi possono accordarsi circa l'ammontare del *khul'* e le modalità della separazione, ma se tale accordo non è concluso, la moglie può ricorrere al giudice "per riscattare se stessa"<sup>134</sup>.

Novità rilevante è l'assenza dell'obbligo della moglie di provare di aver subito un pregiudizio, a differenza di tutte le altre fattispecie, potendo attestare semplicemente che la decisione deriva dall'impossibilità di proseguire la vita coniugale, stante il rischio di non rispettare il dettato divino. Spetta al giudice nominare due arbitri per tentare la conciliazione, ed in caso di fallimento della procedura conciliativa, dichiarare il ripudio irrevocabile.

La novellata norma disciplina anche la materia della prova del matrimonio e dell'età per contrarlo. Il marito, cioè, deve avere compiuto il diciottesimo anno di età e la moglie il sedicesimo, e prevede la mera scrittura privata in luogo dell'atto pubblico come prova per l'esistenza dell'unione, superando, così, la precedente normativa. L'azione giudiziale, pertanto, non può avere luogo solo nel caso in cui manchi l'atto privato concluso dalle parti (articolo 17)<sup>135</sup>.

L'atto pubblico continua ad essere previsto, invece, per il ripudio (articolo 21) e per la prova della ripresa della vita coniugale in caso di ripudio revocabile (articolo 22), da notificarsi alla donna che è così informata della volontà del marito di revoca dello stesso.

A questo primo intervento segue l'adozione della legge n. 10 del 2004 che istituisce i Tribunali di famiglia, organi formati da professionisti specializzati, il cui fine è la risoluzione delle controversie in materia familiare, attraverso un meccanismo che si

---

<sup>133</sup> La procedura del *khul'* non è nuova per il sistema giuridico egiziano. La scuola *hanafita* la ammetteva già ma solo dietro consenso del marito nella legge n. 78 del 1931, stabilendo la competenza delle Corti Sharaitiche di prima istanza in materia di divorzio, *khul'* e *mubara* (istituto simile al *khul'* ma al quale si aggiunge l'allontanamento fisico dei due coniugi). Cfr. D. EL-ALAMI, *Remedy or device? The system of Khul' and the effects of its incorporation into Egyptian personal status law*, cit.

<sup>134</sup> Cfr. O. ARABI, *The dawning of the third millennium on shari'a: Egypt's Law n. 1 of 2000, or women may divorce at will*, cit.

<sup>135</sup> Questa riforma ha aperto delle prospettive favorevoli per il riconoscimento del matrimonio *'urfi*, circostanza da considerare alla stregua di un matrimonio segreto non registrato negli atti pubblici dello Stato. Cfr. R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Islam e società in Egitto. Il Matrimonio 'Urfi*, in *DAIMON*, vol. 2, 2002, pagg. 179-92.

costruisce nella mediazione tra la famiglia e gli esperti, in una fase “pre-giurisdizionale”<sup>136</sup>.

La norma prevede, in particolare, che la competenza di tali Corti si estenda a tutti gli egiziani, sia musulmani che agli appartenenti ad altre confessioni religiose, rappresentando in questo frangente una prima ed importante novità.

Il ricorso ai Tribunali di famiglia diventa obbligatorio prima che sia espletato qualsiasi altro grado di giudizio innanzi al sistema giurisdizionale classico. Solo se esperite tutte le fasi e tale momento si chiude con esito negativo, sarà ammesso il ricorso al Tribunale civile<sup>137</sup>. Al contrario, se l'accordo è raggiunto e approvato dalle parti, allora questo assume il valore di atto giuridicamente vincolante. Inoltre, le sentenze possono essere appellate in seconda istanza, ma non davanti alla Corte di Cassazione (art. 14), scelta questa perseguita per garantire una risoluzione celere al conflitto matrimoniale.

È indubbio che tali interventi abbiano avuto come obiettivo quello di garantire un maggiore “riconoscimento” alla figura femminile, a partire dai diritti alle stesse riconosciute nell'ambito della sfera matrimoniale, ma è qui possibile muovere delle critiche alle due norme appena esaminate.

Ferma è la convinzione che sia la legge del 2000 sulla nuova procedura del *khul'* che la legge del 2004, stabiliscano una certa discontinuità con il diritto di famiglia islamico, garantendo a molte egiziane la possibilità di sciogliere il matrimonio, in presenza di Corti specializzate, assicurando loro un maggiore riconoscimento giuridico. Per mezzo di tali interventi riformatori, infatti, l'Egitto ha avviato una nuova fase finalizzata ad apportare miglioramenti alla condizione giuridica femminile, ma è continuata a mancare una vera volontà riformatrice della materia, capace di dar vita ad un Codice organico, statale e secolare.

---

<sup>136</sup> I tribunali di famiglia sono organi giurisdizionali di primo grado la cui composizione è data da tre magistrati, un sociologo ed uno psicologo esperto, uno dei quali deve essere donna. Gli esperti sono obbligatori per le sedute in primo grado ma non in appello. Il tribunale deve essere affiancato da un Pubblico Ministero specializzato in questioni di famiglia, il quale deve assistere durante il processo presentando un rapporto scritto. Allo stesso è riconosciuta una competenza generale in materia di indagine sulla condizione reddituale dei coniugi, soprattutto del marito e può adottare decisioni motivate in materia di custodia. Cfr. M. AL-SHARMANI, *Egyptian Family Courts: a pathway of women's empowerment?*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, vol. 7, 2009, pagg. 89-110

<sup>137</sup> Il tentativo di conciliazione può protrarsi per un massimo di quindici giorni. Se la conciliazione è raggiunta, è redatto il verbale e il conflitto si intende concluso. In caso contrario, la documentazione è inviata alla Cancelleria del Tribunale dove poi si proseguirà con il procedimento giudiziale.

Queste norme, invero, hanno ampliato la sfera dei diritti soggettivi della donna, riconoscendole per esempio il diritto di spostarsi e di viaggiare liberamente, nonché per la prima volta, hanno dato fondamento al matrimonio *'urfi*. Tuttavia, non è stato superato il regime discriminatorio che la *shari'a* impone e che continua ad essere osservato dalla legislazione nazionale, nella garanzia del tradizionale binomio obbedienza-mantenimento che caratterizza il rapporto tra i sessi, che di conseguenza rende ancora più ardua la possibile abrogazione della norma che suggella la superiorità dell'uomo sulla donna<sup>138</sup>.

La stessa previsione dei Tribunali di famiglia ha evidenziato delle lacune, sia nella procedura pre-giudiziale che nella fase seguente, per la scarsità delle strutture e per la incapacità degli specialisti di addivenire ad una soluzione, per cui la mediazione si è trasformata in un allungamento dei tempi processuali, a danno proprio delle donne sfavorite da un sistema discriminatorio e dalla persistenza di istituzioni come il ripudio e la poligamia.

A questa posizione si affianca un'altra importante critica da avanzare, così come la maggioranza della dottrina specialistica ha fatto<sup>139</sup>, che rimanda all'inesistenza di uno sforzo volto ad adottare una codificazione "nazionale" che risolva le questioni attinenti i rapporti tra musulmani e non musulmani.

Un Codice organico adottato con legge statale troverebbe applicazione non soltanto per i cittadini di fede musulmana, ma per tutti gli egiziani residenti sul territorio dello Stato, superando il regime di discriminazione ancora perpetuato nei confronti delle minoranze.

È questo il motivo per cui si è scelto di approfondire nei due paragrafi che seguono i due aspetti, riformismo e conservatorismo, che connotano gli ultimi interventi legislativi, e che evidenziano la peculiarità di un ordinamento ancora stretto nella tensione tra cambiamento e mantenimento della tradizione.

---

<sup>138</sup> In questo senso Yüksel parla di una "*half-baked reform*", sostenendo come seppur la volontà del legislatore sia andata verso una migliore garanzia dei diritti delle donne, queste ultime siano rimaste legate alla tradizionale visione sharaitica del matrimonio. Cfr. S. YÜKSEL, *The State's response to legal pluralism: the case of religious Courts Law and Courts in Israel, Egypt and India*, citato in N. SONNEVELD, *Rethinking the difference between formal and informal marriage in Egypt*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. n. 15, 2009-2010, pag. 18

<sup>139</sup> Cfr. per tutti H. EL-EHWANY, *Le nuove leggi egiziane in materia di statuto personale*, in R. ALUFFI BECK-PECCOZ (a cura di), *Persone famiglie diritti. Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Torino, 2006

### 2.4.3 Il matrimonio ‘urfi quale limite tra il matrimonio formale e quello non ufficiale

Una specifica applicazione della recente prassi legislativa adottata dal legislatore egiziano riguarda la casistica del matrimonio ‘urfi<sup>140</sup>. Esso rimanda ad una forma di unione non formalmente riconosciuta e non registrata dinanzi alle autorità preposte, e quindi, ad una pratica non ufficiale dal punto di vista giuridico, ma giustificata dal ricorso alla materia giuridica islamica che supera la legislazione nazionale.

Seppure la percezione sociale prevalente consideri il matrimonio ‘urfi una pratica a cui ricorrono le giovani coppie al fine di evitare il rigido controllo genitoriale<sup>141</sup>, la prassi evidenzia come dello stesso si servano soprattutto coloro i quali necessitano di giustificare forme di unioni non ufficiali, e quindi illegali. Tale forma di unione garantisce, per esempio, la conclusione di un secondo matrimonio “segreto”<sup>142</sup>, laddove la presenza di clausole matrimoniali non lo permetta, oltrepassando gli schemi previsti dalla normativa vigente<sup>143</sup>.

Il matrimonio ‘urfi si conclude, di fatto, secondo la disciplina prevista per il matrimonio islamico, il quale, però, non essendo registrato rimane fuori dall’ambito delle fattispecie ammesse dalla legislazione nazionale. Affinché possa essere considerato concluso, è sufficiente, invero, la presenza di due testimoni innanzi ai quali è manifestata la volontà di concludere il contratto matrimoniale<sup>144</sup>.

<sup>140</sup> Cfr. R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Islam e società in Egitto. Il matrimonio ‘Urfi*, cit.

<sup>141</sup> Cfr. G. ASHA, *op.cit.*

<sup>142</sup> Cfr. M. ABAZA, *Perceptions of ‘Urfi Marriage in the Egyptian Press*, in *ISIM Newsletter*, 2001, in <http://www.isim.nl/newsletter/7/regional/9.html>. Cfr. l’interessante contributo di Nadia Sanneveld, in cui si evidenzia l’elevato ricorso a questa tipologia di unione soprattutto da parte delle donne divorziate, le quali spinte dalla pressione sociale a non poter rimanere senza partner, accettano matrimoni non ufficiali, anche poligamici, al fine di riacquistare uno status nella comunità sociale. In N. SONNEVELD, *Rethinking the Difference between formal and informal marriages in Egypt*, cit.

<sup>143</sup> Cfr. L. WELCHMAN, *Beyond the code: Muslim family and the Shari’i Judiciary in the Palestinian West Bank*, The Hague, 2000, pag. 99

<sup>144</sup> Da questo punto di vista, il matrimonio ‘urfi potrebbe essere associato al matrimonio *gizli*, l’unione nascosta e non ufficiale praticata in Turchia, dove sono ancora praticate unioni “benedette” dal solo rito sharaitico, seppur completamente sconosciute dal sistema secolarizzato. Sul punto, cfr. F. MANSUR COSAR, *op. cit.*, pagg. 124-140. Allo stesso modo, il matrimonio ‘urfi è assimilabile al *misyar* praticato in Arabia Saudita, unione in cui i due coniugi concordano di non vivere insieme, ed al marito non spetta alcun obbligo di mantenimento. Il matrimonio rimane una sorta di unione che si realizza attraverso un sistema di visite occasionali alla donna, la quale continua a vivere nella casa della famiglia di origine. Spesso questa unione rimane nascosta, in quanto conclusa per motivi di apprezzamento sociale, in contesti in cui non è ammissibile che una donna non sia sottoposta alla protezione di un uomo. Cfr. O. ARABI, *The literary of a Fatwa: ambulant marriage (al-Zawāj al-Misyār), or grass roots Law-Making in Saudi Arabia of the 1990s*, in O. ARABI (ed. by), *Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence*, The Hague, 2001, pagg. 147-168; L. WELCHMAN, *Women*

Come accennato, il legislatore egiziano ha dato una risposta a questa fattispecie con la legge n. 1 del 2000, la quale per la prima volta ha previsto una copertura legislativa della pratica nella parte riservata alla prova del matrimonio, riconoscendone gli effetti e le tutele previste dal matrimonio “ufficiale”, ed ampliando la sfera di protezione giuridica garantita alle donne.

Prima dell'intervento del legislatore, come visto, mancando la registrazione “ufficiale” dell'atto concluso dalle parti, l'atto risultava inopponibile in sede giurisdizionale, per cui la donna era sprovvista di qualsiasi forma di tutela da eventuali vessazioni subite nell'unione segreta.

La nuova legislazione, inserendo la disposizione normativa secondo cui le domande di divorzio possono essere accompagnate da una “mera” prova scritta per essere considerate ricevibili<sup>145</sup>, ha posto rimedio al pregiudizio provocato alla donne coinvolte in tali rapporti, le quali, così, possono dimostrare l'esistenza dello stesso e, quindi, vedersi garantire tutte le tutele previste per il matrimonio formale.

La norma è, pertanto, un'evidenza della volontà del legislatore nazionale di superare pratiche “tradizionali” aventi copertura sharaitica<sup>146</sup>, e che qui si è scelto di approfondire per dimostrare l'esistenza di uno sforzo verso la modernizzazione giuridica del sistema, secondo un riformismo che mira ad introdurre nuove forme di tutela giuridica nei confronti dei singoli, seppur senza rinunciare a quel “divino” che rimane la fonte della legislazione nel suo insieme.

#### *2.4.4 La condizione delle minoranze non musulmane in materia di statuto personale*

La legislazione più recente non ha riguardato solo il riconoscimento di nuove pratiche come il matrimonio ‘*urfi*, ma anche la materia dei rapporti tra la maggioranza musulmana e le minoranze, soprattutto nell'applicazione della procedura del *khul'*. Tradizionalmente, negli ordinamenti islamici, e quindi anche in Egitto, alla discriminazione basata sul sesso si aggiunge quella fondata

---

*and Muslim family laws in Arab States. A comparative overview of textual development and advocacy*, Amsterdam, 2007, pagg. 103 e ss.

<sup>145</sup> Art. 17 legge n. 1 del 2000

<sup>146</sup> Cfr. K. CUNO, *Divorce and the Fate of the Family in Modern Egypt*, in K.M. YOUNT, R. HODA (ed. by), *Family in the Middle East: Ideational Change in Egypt, Iran and Tunisia*, London-New York, 2008

sull'appartenenza religiosa, per cui i soli musulmani sono considerati cittadini a pieno titolo, mentre la "gente del libro", ossia cristiani ed ebrei, continuano a godere dei diritti per loro previsti secondo lo status del *dhimma*. Ci si trova, così, in una situazione paradossale dal punto di vista costituzionale, che vede le comunità religiose minoritarie applicare lo statuto personale previsto dalla comunità di appartenenza, nonostante l'istituzionalizzazione del concetto di cittadinanza e del principio di eguaglianza dei cittadini<sup>147</sup>, attraverso la riproduzione della suddivisione in "comunità" prevista al tempo dei *millet* ottomani<sup>148</sup>.

Ciò si è tradotto in Egitto in una situazione anomala in cui la legislazione ha mantenuto la differenziazione in materia di statuto personale, seppur in un contesto di omologazione del sistema giurisdizionale. L'articolo 6 della legge n. 462 del 1955, ripreso dall'articolo 3 comma 2 della legge del 2000<sup>149</sup>, sulla riorganizzazione del sistema giudiziale, nello stabilire la competenza delle Corti in materia di statuto personale, ha sancito l'applicazione della disciplina di derivazione sharaitica per soli i cittadini musulmani, mentre per gli appartenenti ad una minoranza religiosa è stata mantenuta l'applicazione delle norme previste dalla comunità di appartenenza.

Il diritto di derivazione islamica può trovare, di conseguenza, applicazione anche per i non musulmani solo nei casi in cui sia coinvolto almeno un musulmano ovvero soggetti appartenenti a comunità differenti<sup>150</sup>. Da ciò ne consegue la discriminazione nei confronti delle minoranze, e nello specifico per i fini di questo studio, delle donne non musulmane, costrette a subire una doppia violazione dei propri diritti e libertà, in quanto escluse dalle discussioni concernenti i diritti delle "donne", ed al contempo dalle materie che riguardano la maggioranza musulmana.

<sup>147</sup> Tadros ricorda come la dualità abbia rappresentato anche un vantaggio per le minoranze non musulmane, le quali hanno potuto beneficiare della possibilità di ricorrere alle norme proprie della comunità di appartenenza o di scegliere di farsi giudicare sulla base delle norme della legge islamica, qualora la stessa fosse stata più conveniente per i loro interessi. Cfr. M. TADROS, *The non-Muslim 'Other': gender and contestations of Hierarchy of Rights*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, vol. 7, n. 2, 2009, pagg. 111-143

<sup>148</sup> In Egitto esistono quindici diverse comunità religiose. Tra queste, quella musulmana, le quattro ortodosse (copti, greci, armeni, siriaci) sette cattoliche (copti, greci, armeni, siriaci, maroniti, caldei, latini) una protestante e due ebraiche (caraiti e rabbaniti). Diversi sono stati i tentativi di unire il diritto di famiglia, ma mai formalizzati, mantenendo così le conflittualità e le divergenze sulla materia familiare tra le plurime minoranze religiose.

<sup>149</sup> Cfr. H. EL-EHWANY, *La loi applicable au mariage des non-musulmans en droit égyptien*, in C. BONTEMS, *Mariage-mariages*, Paris, 2001, pagg. 595-605

<sup>150</sup> Cfr. B. BOTIVEAU, *Il diritto dello Stato-nazione e lo status dei non musulmani in Egitto e Siria*, in A. PACINI (a cura di), *Comunità cristiane nell'islam arabo. La sfida del futuro*, Torino, 1996, pagg. 121-138

Si prende atto di come l'appartenenza religiosa sia prioritaria all'appartenenza alla comunità statale, il che comporta in Egitto un'ulteriore situazione di violazione per le cittadine affiliate ad una religione minoritaria<sup>151</sup>.

La stessa religione soprassiede, per esempio, la questione della patrilinearità, per cui se in una coppia musulmana, è la madre a convertirsi ad un'altra religione, allora questa sarà considerata apostata e perderà qualsiasi diritto nei confronti del marito e dei figli; ma se è il marito ad essere apostata, allora la condizione della madre musulmana sarà considerata più importante, ed a questa saranno riconosciuti i diritti di custodia e di trasmissione della fede ai propri figli. Si tratta, in questo caso, di una specifica fattispecie in cui la donna è privilegiata sull'uomo, ma che permette di constatare come la religione sia più forte rispetto al modello patrilineare di famiglia islamica.

Questo è particolarmente ravvisabile nella novellata disciplina del *khul'*, legislazione nazionale che trova applicazione solo per cittadini musulmani e non per i gruppi minoritari, con un'evidente discriminazione nei confronti degli stessi. Come abbiamo visto, la disciplina nazionale prevede l'applicazione della legge islamica per i musulmani e per coloro che sono coinvolti in una disputa, ma non appartenenti alla medesima minoranza religiosa. Conseguenza di ciò, è l'applicazione della disciplina nazionale del *khul'* solo per soggetti credenti nell'islam o per due coniugi non professanti il medesimo credo, così, l'unico modo per vedersi applicare la normativa sharaitica più favorevole in materia da parte di una donna non islamica è la conversione ad un'altra minoranza<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Un caso di studio recente riguarda la copta Kamilia Lufti Gaballah, alla quale è stato disconosciuto il diritto alla custodia sui propri figli dopo la conversione del marito all'islam, per cui i figli del coniuge sono considerati musulmani di diritto, con la conseguente applicazione della legge islamica in materia di statuto personale e di custodia. La decisione della Corte di Alessandria del 24 settembre del 2008, decisione n. 820-679/62, conferma quanto disposto dal Tribunale di Famiglia il 28 febbraio 2006, secondo la quale se il padre si converte all'islam, i figli rimangono nella custodia della madre fino al compimento del settimo anno (articoli 139 e 169 statuto copto) passando nella custodia del padre. Nel giugno del 2009, la Corte di Cassazione riconosce il diritto di custodia a Kamelia fino al compimento del quindicesimo anno di età dei figli, come previsto dalla normativa islamica. La decisione si limita a valutare la normativa sullo statuto personale che riconosce il diritto della madre alla custodia, indipendentemente dall'appartenenza religiosa, senza valutare la questione della conversione all'islam del padre. Cfr. [www.eipr.org/en/press/39/2106.htm](http://www.eipr.org/en/press/39/2106.htm), decisione del giugno 2009

<sup>152</sup> Attualmente non esiste in Egitto una norma che possa controllare la validità di queste conversioni. La Corte di Cassazione ha evidenziato in due sentenze (decisione n. 28 del 31 gennaio 1968 e decisione n. 44 del 29 gennaio 1975) come il passaggio da una fede all'altra debba essere autenticata dal capo spirituale della minoranza di appartenenza, il quale deve confermare che la conversione si sia conclusa secondo le procedure previste. Solo se queste condizioni sono rispettate, allora la Corte può

Con l'emanazione della norma sullo scioglimento del vincolo matrimoniale del 2000, invero, il legislatore non ha rivolto la sua attenzione a tutti i cittadini egiziani, ma soltanto ad una parte di questi, quelli professanti la religione islamica<sup>153</sup>. La Chiesa copta<sup>154</sup>, la principale tra le minoranze, per esempio, ha continuato a seguire la propria legislazione, ammettendo lo scioglimento del matrimonio solo in presenza di determinati pregiudizi senza allinearsi alla legislazione nazionale.

Tale condizione ha comportato un aumento delle conversioni "forzate", in particolare delle donne non musulmane che hanno fatto ricorso a finzioni giuridiche, al fine di poter ottenere una garanzia più ampia dei diritti loro riconosciuti.

Ciò a dimostrazione dell'esistenza di un sistema giuridico che riconosce la legittimità di due ordinamenti giuridici, quello divino e quello statale, e della supremazia del primo sul secondo nella materia personale, in cui l'appartenenza religiosa diventa una discriminante per il riconoscimento di diritti individuali.

Il mantenimento dello statuto sharaitico, invero, continua a limitare il riconoscimento dei principi di uguaglianza e di pari opportunità accolti nelle Costituzioni dell'area.

In Egitto, all'unificazione del sistema giudiziario, non è seguito, come in Turchia, l'unificazione della materia civile con quella familiare, determinando una predominanza della legislazione religiosa rispetto al principio di uguaglianza stabilito in Costituzione. Il trasferimento della competenza dalle Corti religiose a quelle civili ha cambiato solo la veste del procedimento, ma non la sostanza, comportando il mantenimento di quelle discriminazioni giustificate in ordine al sesso ed all'appartenenza religiosa e che sono ancora le principali cause di una mancata transizione costituzionale e del mantenimento, sul piano legislativo, di forme di discriminazione che svuotano uno dei primi principi del costituzionalismo formale qui accolto, quale il principio di uguaglianza sostanziale.

---

applicare il diritto islamico. Cfr. A. HASAN, *Granting khul' for non-muslim couple in Egyptian personal status law: generosity or laxity?*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 18, n. 1, 2003, pagg. 81-89

<sup>153</sup> Cfr. D. EL-ALAMI, *Can the Islamic Device of Khul' provide a remedy for non-Muslim women in Egypt?*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 8, 2001-2002, pagg. 122-124

<sup>154</sup> Lo statuto personale dei copti ortodossi è stato approvato nel 1938. I principi da questo previsto vincolano gli appartenenti alla fede religiosa cristiana, ed a questo deve ispirarsi il sistema giudiziario nel caso in cui siano coinvolti due appartenenti a questa religione. Logica conseguenza è, dunque, l'attuale applicazione della norma sul *khul'* ai non musulmani solo se le parti in causa non appartengano al medesimo gruppo religioso. Cfr. D. EL-ALAMI, *Can the Islamic Device of Khul' provide a remedy for non-Muslim women in Egypt?*, cit.

### 3. La donna musulmana nella giurisprudenza costituzionale e lo spazio pubblico

Avendo analizzato la sfera del “privato”, quale ambito in cui la legislazione degli attuali ordinamenti riconoscono ancora il *domain* della *shari'a*, si passa ora a valutare come la condizione della donna sia tutelata nell'attuale quadro costituzionale/pubblico, ed in particolare dalla giurisprudenza nazionale sviluppata .

L'avvento del costituzionalismo ha minato il confinamento al solo ambito privato quale spazio per la realizzazione della personalità della donna risolvendosi, come analizzato nei capitoli precedenti, nell'adozione di un modello ibrido che ha accolto un modello di legalità duale, il quale ha unito le peculiarità dei sistemi occidentali con i principi della cultura giuridica islamica, sintetizzata nella già citata dicotomia pubblico/privato su cui si è costruito questo capitolo.

Rimane da valutare fino a che punto il processo di transizione costituzionale possa essere considerato compiuto, e la questione della condizione giuridica delle donne è qui assunta a materia privilegiata attraverso cui investigare ed intendere fino a che punto tale duplice veste normativa, quella costituzionale, che riconosce pari diritti e doveri, e quella legislativa appena analizzata, rappresenti il problema principale del mancato accoglimento del modello costituzionale *tout court*.

Dinanzi a questa condizione, centrale è il ruolo svolto dalla giustizia costituzionale chiamata ad applicare le norme contenute nelle Carte stesse, la quale ha garantito la evoluzione del sistema dei diritti attualmente riconosciuti secondo una lettura che è andata oltre il solo dettato sharaitico, colmando anche i vuoti lasciati liberi dall'inerzia del potere legislativo. Ciò è quanto realizzato con la giurisprudenza tutt'oggi considerata la “principale del mondo arabo”<sup>155</sup>, quella egiziana, alla quale devono affiancarsi le decisioni di quelle Corti, come quella turca, la cui giurisprudenza è stata improntata alla tutela del principio di laicità, evidenziando così la possibilità di cogliere e valutare un diverso approccio alla tutela dei diritti, secondo i due modelli qui perseguiti, sintetizzabili nel confessionarismo di Stato in Egitto ed il laicismo in Turchia.

Nel primo, la garanzia dei diritti e delle libertà è rimasta vincolata al rispetto della legge islamica posta alla base dell'ordinamento, mentre nel secondo la tutela del

---

<sup>155</sup> Cfr. E. COTRAN, M. YAMANI (ed. by), *Preface*, in *The rule of law in the Middle East and the Islamic World. Human Rights and the judicial process*, London, 2000

principio di laicità è stato motivo di limitazione delle libertà riconosciute dal costituzionalismo classico, a prova della rilevanza dello stesso all'interno dell'ordinamento.

Due risposte paradigmatiche, quindi, qui analizzate con riferimento alla tutela giuridica delle donne, per cui l'analisi si concentra in primo luogo sulla giurisprudenza egiziana, al fine di evidenziare la misura in cui la tradizione sharaitica "ufficiale" sia ancora predominante, e in successione su quella turca, nella quale, in ogni modo, non mancano orientamenti conservatori e che vengono alla luce soprattutto quando la tutela giuridica non attiene direttamente alla salvaguardia della separazione tra Stato e religione.

Questa prima differenziazione spiega la selezione dei casi su cui si è scelto di soffermare l'attenzione. *In primis*, Si analizza il simbolo che più di ogni altro manifesta la tensione tra la sfera pubblica e quella privata, ossia il caso del velo, questione emblematica per eccellenza ed oggetto altresì dell'attenzione della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, la quale tra l'altro ha confermato l'indirizzo della giurisprudenza nazionale applicando la teoria del margine di apprezzamento.

A questo segue l'analisi della materia del lavoro, considerata, unitamente alla proprietà ed al diritto all'istruzione, una condizione fondamentale per garantire l'affrancamento del potere maschile ed il superamento di istituti come quello del mantenimento, che suggellano ancora oggi la dipendenza della donna nei confronti dell'uomo. Infine, l'attenzione è orientata sui casi che evidenziano il peso della tradizione nel rapporto tra uomo e donna, qui rappresentati nei temi che riguardano la tutela dell'integrità fisica e morale, la quale è stata tale da imporre una lettura conservatrice anche in ordinamenti, come quello turco, all'avanguardia per l'area, a dimostrazione di come spesso la garanzia formale della separazione dalla religione non sia una condizione giuridica sufficiente per garantire il costituzionalismo, ma al contrario traduca una logica dal carattere politico che non trova traduzione sostanziale nella tutela dei diritti e delle libertà.

Ancora una volta, la questione richiama l'intervento europeo, quale forma di controllo dell'attività giurisprudenziale delle Corti turche, avallanti situazioni di discriminazione basati su una lettura conservatrice dei diritti e delle garanzie riconosciute alle donne.

### 3.1 Il diritto all'educazione, la libertà di religione e la questione del velo

L'educazione è uno strumento fondamentale per la crescita dell'individuo così come della comunità di appartenenza, e ciò vale per la donna quanto per l'uomo. In molti paesi dell'area musulmana questo diritto è, però, molto spesso limitato dalla precedenza per l'uomo in materia di formazione, nonostante siano le stesse fonti dell'islam a richiamare l'attenzione sul diritto della donna all'istruzione<sup>156</sup>. La materia è sempre analizzata unitamente alla questione dell'abbigliamento scolastico, in particolar modo delle studentesse, richiamando così direttamente la questione dell'*hijab* nel contesto musulmano.

Nel 1996 la Corte egiziana decide in merito ad una serie di interventi del Ministro dell'educazione che regolano l'abbigliamento, ed in particolare la possibilità di indossare il velo da parte delle ragazze nelle scuole pubbliche. Questi provvedimenti di natura amministrativa presentano però un contenuto ambiguo alla luce del richiamo coranico alla modestia, sia per l'uomo quanto per la donna, che si riflette direttamente nella regolamentazione dell'uniforme scolastica.

Nel 1994 è adottato il decreto n. 113, che stabilisce al comma 3 dell'articolo 1 la forma dell'abbigliamento che le ragazze devono assumere all'interno delle istituzioni scolastiche, consistente in un'uniforme "appropriata" e da un velo coprente i capelli ma non il viso<sup>157</sup>. Quest'imposizione vieta, così, l'utilizzo del velo inteso come *niqab*, ossia il velo che copre interamente la donna, lasciando aperta la strada all'utilizzo del solo *hijab*, stabilendo tra l'altro la non ammissione alla scuola per gli studenti che non si adeguano alle nuove regole.

Le ostilità contro il decreto portano il Ministero ad adottare un secondo atto, il n. 208, volto a chiarire il contenuto del precedente. La regolamentazione, si spiega, ha la finalità di garantire l'utilizzo del velo inteso quale frutto di una libera scelta e non di una costrizione sulle donne, da parte di qualsiasi persona od organizzazione<sup>158</sup>. Tra i

---

<sup>156</sup> Secondo un *hadith* del profeta "l'acquisizione di conoscenze è un dovere di ogni musulmano, uomo e donna".

<sup>157</sup> Cfr. articolo 2 del Decreto n. 113 del 1994.

<sup>158</sup> Cfr. K. BÄLZ, *The secular reconstruction of Islamic law. The Egyptian Supreme constitutional Court and the "Battle over the veil" in State-Run Schools*, in B. DUPRET, M. BERGER, L. AL-ZWAINI, *Legal pluralism in the Arab World*, The Hague-London, 1999, pag. 230

fini dell'istruzione rientra la garanzia della libera espressione dal controllo dei gruppi più estremisti, obiettivo perseguito all'interno delle scuole, mantenendo sotto l'autorità statale la regolamentazione delle fattispecie simboliche più delicate per le istituzioni pubbliche, comprese quelle deputate alla formazione, tra cui rientra il velo. Il Ministero ammette l'utilizzo dell'*hijab*, ma solo dietro autorizzazione rilasciata dall'istituto su richiesta dei genitori delle studentesse, mentre vieta il *niqab*, al fine di garantire l'interesse alla identificazione degli alunni da parte degli insegnanti.

Nonostante l'intervento chiarificatore, l'atto amministrativo è oggetto di un ricorso di fronte alla giurisprudenza amministrativa poiché considerato contrario alla *shari'a* ed all'articolo 2 della Costituzione che a questa richiama<sup>159</sup>. La Corte amministrativa, così, sospende il procedimento e sottopone la questione di legittimità alla Suprema Corte Costituzionale per violazione dell'articolo 2 e dell'articolo 46 della Carta Costituzionale.

Nella sua decisione<sup>160</sup>, il giudice costituzionale riprende la già analizzata teoria sull'interpretazione dell'articolo 2 e la tecnica di selezione dei principi della legge islamica. Secondo la Corte, l'islam è la religione che eleva la donna, chiedendole di preservare la castità coprendo il corpo al fine di limitare comportamenti che possano minare la sua dignità. La previsione islamica, per cui la donna deve proteggere la sua modestia, non rappresenta, tuttavia, una norma "definitiva" della *shari'a*, e seppur prevista nella *sunnah* la stessa non trova corrispondenza nel Corano, e come tale non è considerabile perentoria ed immutabile<sup>161</sup>.

Spetta al legislatore nazionale, pertanto, disciplinare la materia in modo da renderla socialmente accettabile alla luce delle tradizioni e dei costumi del paese.

La regolamentazione dell'abbigliamento delle donne è soggetta al cambiamento che si succede nel tempo ed il decreto ministeriale risponde a questa esigenza, essendo frutto della discrezionalità riconosciuta al legislatore, purché mantenuta nei limiti

---

<sup>159</sup> Contro la decisione ricorre alla giustizia amministrativa il padre di due ragazze, non ammesse nella scuola perché indossanti il *niqab*. Secondo la parte, la decisione ministeriale è contraria all'articolo 2 della Costituzione, nella parte che proclama l'islam quale religione di Stato e la *shari'a* quale fonte della legislazione.

<sup>160</sup> Caso n. 8 del 18 maggio 1996. Per il testo della sentenza, cfr. N.J. BROWN, C.B. LOMBARDI, *The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: An Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No. 8 of Judicial Year 17 (May 18, 1996)*, in *American University International Law Review*, vol. 31, n. 3, 2006

<sup>161</sup> La Corte menziona i versi coranici che stabiliscono il dovere di coprirsi con un velo, con eccezione delle parti normalmente visibili (mani e viso). Le regole per l'applicazione di questi principi sono di origine umana, condizione che spiega l'ammissibilità dell'intervento discrezionale della legislatore.

stabiliti dai principi fondamentali della *shari'a*. Solo una disposizione che non inciti alla modestia è da considerare incostituzionale, per cui al legislatore spetta individuare le vie per la modifica di tradizioni e costumi senza contraddire i principi della legge sacra.

Con riferimento all'articolo 46 della Costituzione del 1971, che tutela la libertà di religione (*hurriyat al-'aqida*) e la libertà di pratica religiosa (*hurriyat mumarasat al-sha'a'ir al-diniyya*), la Corte conferma la necessità di tutelare la manifestazione del credo, in quanto la stessa è la diretta conseguenza della tutela garantita alla libertà di religione, per cui l'articolo 46 garantisce la “traduzione della propria fede in una concreta espressione della stessa, che si materializza nella condotta della vita”.

Secondo la Corte, se la prima non può essere assoggettata a vincoli, la seconda può essere ristretta da misure finalizzate a proteggere interessi superiori, come l'ordine pubblico, la morale, i diritti e le libertà dei terzi. Per questi motivi, il decreto che regola l'abbigliamento da tenere nelle scuole rientra tra le limitazioni ammesse e giustificate dalla libertà di manifestare l'appartenenza ad una religione.

Questo rende il decreto legittimo sotto il versante costituzionale, legittimità questa rafforzata dalla lettura combinata con l'articolo 18, il quale in materia di istruzione prevede il dovere dello Stato di supervisionare il sistema educativo, includendo anche la possibilità di imporre un'uniforme unica per scopi educativi.

Per questi motivi, la Corte conferma la costituzionalità del decreto, perché conforme ai principi della *shari'a*. Ancora una volta, quindi, è privilegiata quindi una lettura “secolare” dell'articolo 2, che riconosce l'opera legislativa dello Stato, purché non in contrasto con la legislazione islamica<sup>162</sup>.

Diversa è la modalità in cui la questione è trattata dalla Corte turca, la quale ha fatto rientrare la tutela giuridica della donna nella più vasta garanzia prevista per uno dei principi fondanti il costituzionalismo nazionale, ovvero la laicità, secondo un modello che prevede la garanzia della libertà di religione, intesa qui però più nei termini di libertà *dalla* religione.

---

<sup>162</sup> La soluzione prospettata dalla Suprema Corte Costituzionale trova prosecuzione nella giurisprudenza amministrativa. Il 3 gennaio 2010 il Tribunale amministrativo del Cairo rigetta il ricorso presentato da cinquantacinque studentesse universitarie rivendicanti il diritto all'identità religiosa ed alla libertà di indossare il *niqab*. La Corte conferma il decreto governativo che dispone il divieto dell'utilizzo del velo durante lo svolgimento degli esami universitari al fine di garantire l'identificazione degli studenti e delle studentesse nello svolgimento delle prove universitarie.

## CAPITOLO V

La questione del velo nelle scuole è in Turchia un fenomeno recente, mirante a tutelare i diritti delle donne con il sistema repubblicano. La prima proibizione contro l'abbigliamento islamico nelle scuole entra in vigore, infatti, nel 1982 su intervento del Consiglio turco per l'Educazione sotto pressione del Consiglio Nazionale di Sicurezza, con la quale si stabilisce che la divisa degli studenti deve essere conforme ad "un abbigliamento contemporaneo e moderno"<sup>163</sup>, che include anche la inammissibilità del velo inteso quale simbolo religioso.

La limitazione è giustificata due anni dopo dalla Suprema Corte amministrativa, la quale stabilisce che "il velo è il simbolo di una visione contraria alla libertà della donna ed ai principi della Repubblica"<sup>164</sup>.

Nel 1986, però, a seguito della dilagante diffusione sociale dell'utilizzo del velo, il Consiglio per l'Alta Educazione adotta un nuovo e più stringente regolamento, ma lascia all'istituzione universitaria la competenza di regolamentare la materia. Nel 1988 è adottata la legge n. 2547 sull'Educazione Superiore, la quale ribadisce l'obbligo di indossare abiti moderni nella aule, consentendo il velo od il copricapo, coprente solo il collo ed i capelli.

La Corte Costituzionale, adita l'anno dopo, riconosce però la contrarietà della norma alla Costituzione, dichiarandola incostituzionale per violazione degli articoli 2 (principio di laicità), 10 (uguaglianza formale) e 24 (libertà di religione). Per la Corte, il secolarismo è una condizione fondamentale per la democrazia, in quanto garante della libertà religiosa e dell'uguaglianza di tutti davanti alla legge, per cui la libertà di religione non può essere minata dalla libertà di indossare un simbolo religioso, assoggettabile a dei limiti al fine di difendere la laicità<sup>165</sup>.

L'anno successivo la norma è emendata e sostituita dalla formula "la possibilità di vestire liberamente nelle istituzioni superiori in conformità alle norme vigenti"<sup>166</sup>, disposizione dal contenuto generico dinanzi alla quale il successivo intervento della Corte chiarisce che seppur nella libertà di abbigliamento rientri il diritto di indossare

---

<sup>163</sup> Cfr. E. ÖZDALGA, *The veiling issue, official secularism and popular Islam in Modern Turkey*, Richmond, 1998

<sup>164</sup> Sentenza del 13 dicembre 1984

<sup>165</sup> Sentenza del 7 marzo 1989, pubblicato in *Official Gazette* del 5 luglio 1989

<sup>166</sup> Cfr. l'emendamenti del 25 ottobre 1990 alla sezione n. 17 della Legge n. 2547 sull'educazione religiosa

il velo, lo stesso è considerato contrario al principio di laicità protetto in Costituzione<sup>167</sup>.

Ancora, nel dicembre 1995, il *Refah Partisi* al governo riporta la questione all'ordine del giorno, ma a causa della forte opposizione, la stessa è di nuovo ritirata e demandata al Consiglio per l'Alta Educazione. La forte instabilità politica interna ha, invero, sempre posto dei veti all'adozione di decisioni direttamente riguardanti la materia religiosa, come nel caso del velo.

Un noto caso di quanto detto è rappresentato dalla questione sollevata da una studentessa della facoltà di medicina dell'Università di Istanbul, *Leyla Sahin*, la quale dopo aver frequentato la facoltà di medicina dell'Università di Bursa, indossando liberamente il copricapo islamico, si trasferisce all'Università di Istanbul, dove invece le è vietato il velo in applicazione del principio laicità dello Stato, allo scopo di salvaguardare il diritto di tutti gli studenti di frequentare l'istituzione in un clima di uguaglianza e di armonia, al riparo dalle pressioni psicologiche che l'uso dei simboli può esercitare. Nel 1998, infatti, l'Università emana una circolare<sup>168</sup> regolante l'ammissione al campus universitario, stabilendo il divieto del velo quale causa ostativa per l'ammissione a corsi, seminari o tirocini, e questo soprattutto per soggetti destinati a svolgere attività medica od infermieristica, per i quali la normativa statale stabilisce già un'uniforme ben precisa. In attuazione del regolamento, la *Sahin* non è ammessa ad una prova scritta di un esame e le è rifiutata l'iscrizione ad un corso ed ad un dottorato. La stessa, consideratesi lesa nei suoi diritti dal provvedimento universitario, adisce la giustizia amministrativa di Istanbul, la quale sia in prima istanza, il 19 marzo 1999, che in appello, il 19 aprile 2001, non ammette il ricorso richiamando la sezione 13 della Legge sull'Educazione Superiore, che attribuisce ai rettori dell'Università il potere di regolare l'abbigliamento degli studenti al fine di mantenere l'ordine pubblico, alla luce dei principi su cui si fonda la Repubblica turca.

La questione arriva alla Corte Costituzionale, dinanzi alla quale la ricorrente sostiene la violazione della sua libertà di religione e della conseguente libertà di manifestare la propria fede. La Corte, però, conferma la decisione dell'istituzione scolastica, in quanto compatibile con il principio di laicità su cui si fonda la Repubblica turca. Il

<sup>167</sup> Sentenza n. 1990/36 e 1991/8, in *Official Gazette* n. 20946 del 31/07/1991

<sup>168</sup> Circolare del 23 febbraio 1998 del Rettore dell'Università di Istanbul.

divieto all'uso del velo, cioè, trova giustificazione nella necessità di tutelare l'ordine pubblico e difendere il principio della separazione tra Stato e religione, principio fondante del modello di Stato secolarizzato secondo l'articolo 2 della Carta.

Il mancato accoglimento delle proprie posizioni porta la *Sahin* a rivolgersi alla Corte di Strasburgo, dalla quale ottiene due decisioni, la prima in seduta camerale nel giugno 2004 e la seconda dalla Grande Camera nel novembre 2005.

Dinanzi alle istituzioni europee la stessa lamenta la violazione dell'articolo 8 della CEDU, in tema di protezione della vita privata, dell'articolo 9<sup>169</sup>, che tutela la libertà di religione, dell'articolo 10 che prevede la garanzia per la libertà di espressione, e dell'articolo 14 in materia di non discriminazione da parte dell'autorità statale, nonché dell'articolo 2 del Protocollo aggiuntivo n. 1, garante del diritto all'istruzione, sostenendo come lo Stato turco abbia violato il diritto alla manifestazione del pensiero ed, al contempo, il diritto ad avere una istruzione al pari degli altri studenti<sup>170</sup>.

Secondo la ricorrente, il velo non rappresenta un simbolo contrario al principio di laicità, configurante un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, ma al contrario una forma di tutela della libertà individuale del singolo, per cui in una società pluralista che riconosce la laicità, il divieto del velo si configura come una forma di discriminazione nei confronti delle donne musulmane.

A differenza della Camera di Consiglio, la Grande Camera della Corte di Strasburgo nell'occuparsi del caso scinde il problema dell'esercizio della libertà di religione dall'accesso all'istruzione senza discriminazioni, seppur le argomentazioni non divergano, in quanto la Corte Europea conferma la decisione dello Stato turco, ritenuta non in violazione dell'articolo 9 CEDU e 2 del Protocollo n. 1<sup>171</sup>.

La materia non è nuova invero per la Corte, che già in precedenti casi aveva interpretato le norme della Convenzione alla luce della tutela della libertà di religione

---

<sup>169</sup> L'articolo 9 della CEDU stabilisce “*Tutti hanno diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include anche la libertà di mutare la propria religione o il proprio credo nonché la libertà di manifestare, insegnare, praticare e osservare la propria religione o credo individualmente o in comunità, di riunirsi con gli altri in pubblico e in privato. La libertà di manifestare la religione o credo è soggetta alle limitazioni prescritte dalla legge e che sono necessarie in una società democratica, all'interesse della sicurezza pubblica, alla protezione dell'ordine pubblico, della salute, della morale o per la tutela dei diritti o delle libertà altrui*”.

<sup>170</sup> Secondo la *Sahin*, la circolare ammetteva gli studenti ebrei ad indossare la *Kippah*, violando il principio di uguaglianza di tutti i soggetti iscritti all'istituzione universitaria.

<sup>171</sup> Cfr. *Leyla Sahin v Turkey*, caso n. 44774/98 del 10 novembre 2005, disponibile su [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr)

e del margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati nel dirimere una questione nazionale<sup>172</sup>. Già in due casi precedenti la Commissione, e non la Corte, si era pronunciata in merito alla questione del velo e l'ordinamento turco, quali *Karaduman vs Turkey*<sup>173</sup> ed il caso *Bulut vs Turkey*<sup>174</sup>, così come in precedenti casi aveva sostenuto la mancata violazione delle disposizioni della CEDU da parte delle istituzioni nazionali nell'imporre il divieto all'uso del velo islamico, come in *Dahlab c. Svizzera* del 15 febbraio 2001<sup>175</sup>, giustificata dalla necessità di tutelare la libertà di religione altrui.

Il caso *Sahin*, tuttavia, così come tutti quelli in cui trova coinvolgimento l'ordinamento turco, rappresenta un caso peculiare in quanto riferito all'unico sistema giuridico a maggioranza islamica ad aver aderito alla Convenzione e ad essere transitato verso un ordinamento laico/democratico, in cui il divieto del velo diventa una forma di protezione dell'ordinamento dalla deriva religiosa, e non una forma di affermazione della maggioranza religiosa come poteva essere nei casi aventi ad oggetto un ordinamento europeo.

Per questi motivi, sia la Camera, prima, che la Grande Camera, dopo, accordano nel riconoscere che l'accoglimento della richiesta della *Sahin* comporta l'apertura a normative più tradizionali, essendo il velo il simbolo di una politica fondamentalista e non religiosa, alla luce della situazione turca in cui la maggioranza della

---

<sup>172</sup> La Corte, seppur d'accordo con la ricorrente riguardo all'incompatibilità tra la circolare e la sezione 17 della legge sull'Educazione Superiore, considera al contempo tale sezione la corretta base legale della questione, nella parte che stabilisce che il godimento della libertà è subordinato all'osservanza delle norme interne, come il principio di laicità, o limitato da principi superiori, come l'ordine pubblico o la tutela della libertà altrui. A tale scopo, un giudice nazionale è più idoneo a valutare le necessità e le condizioni locali, per la Corte ribadisce il suo ruolo sussidiario alle valutazioni poste dai giudici nazionali.

<sup>173</sup> Decisione n. 16278/90 del 3 maggio del 1993. La questione concerne il provvedimento che vieta di indossare il velo a studentesse universitarie nelle foto da utilizzare in documenti ufficiali, motivo per cui è vietato alla ricorrente il rilascio del diploma di laurea. Dopo aver adito la Corte Costituzionale la studentessa si rivolge alla Corte Europea, la quale conferma la tesi della Corte nazionale, ricordando come l'articolo 9 della CEDU non ammette la assoluta libertà di comportarsi secondo la propria volontà, in quanto la libertà individuale deve essere sempre temperata con gli interessi della comunità, tra cui rileva l'ordine nazionale.

<sup>174</sup> Decisione n. 18793/91. In questo caso, il velo è considerato una forma di discriminazione e di oppressione nei confronti delle minoranze e dei musulmani non praticanti.

<sup>175</sup> Sentenza n. 42393/98 del 15 febbraio 2001. Nel caso di specie, la signora *Dahlab* convertitesì all'islam in età adulta, è limitata nel suo diritto ad indossare il velo islamico nello svolgimento della funzione di insegnante in una scuola della nazione. La stessa lamenta la violazione degli articoli 9 e 14 della CEDU, ma la Corte, confermando la propria giurisprudenza, riconosce l'assenza della violazione della Convenzione se un intervento nazionale è legittimato dalla necessità di tutelare l'ordine pubblico ed i diritti e le libertà degli altri. Cfr. J. MARSHALL, *Freedom of Religious Expression and Gender Equality. Sahin vs Turkey*, in *The modern Law Review*, vol. 69 n. 3, 2006, pag.455-456

popolazione professa la religione islamica. In una società democratica, secondo la Corte, nella quale coesistono più comunità religiose, è necessario regolare la manifestazione della libertà di religione al fine di conciliare l'interesse di tutti, e questo ruolo spetta allo Stato, il quale agisce come attore neutrale ed imparziale, in quanto laico. Secondo la Corte, la tutela delle libertà dei terzi, di cui al secondo comma dell'articolo 9 della CEDU, è motivo per la limitazione della libertà religiosa al fine di realizzare una società democratica tutelante il pluralismo e l'eguaglianza dei valori, confermando così l'orientamento della Corte costituzionale. Difatti, seppur la libertà di espressione religiosa sia un diritto tutelato dalla CEDU, questa può essere limitata per motivi superiori, quali la laicità, come è nel caso del velo<sup>176</sup>.

Altresì, la Corte giustifica la propria sentenza sulla base del principio di uguaglianza tra i sessi, sostenendo come in istituzioni democratiche e laiche, il velo sia contrario al pluralismo ed all'eguaglianza tra donna ed uomo<sup>177</sup>. L'obiettivo del divieto del velo è, quindi, garantire i diritti delle donne, liberandole dalla tradizione religiosa e dai vincoli patriarcali imposti dalla società tradizionale, che le mantengono in uno stato di sottomissione al potere maschile<sup>178</sup>.

Nel caso *Sahin*, per tali motivi, il divieto all'uso del velo è considerato un presupposto per garantire il pluralismo, il rispetto dei diritti degli altri e soprattutto l'uguaglianza tra uomo e donna<sup>179</sup>, tanto da limitare la libertà di religione e la libertà di abbigliamento intese quale forma di espressione della scelta di un singolo<sup>180</sup>.

---

<sup>176</sup> Il principio di laicità rappresenta il principale motivo posto a giustificazione della limitazione del velo imposto in Turchia. Secondo la Corte, misure come quelle adottate dall'Università di Istanbul vanno nella direzione di salvaguardare lo Stato da derive fondamentaliste, al fine di garantire la pacifica coesistenza tra gli studenti, a prescindere dall'estrazione religiosa.

<sup>177</sup> Paragrafo 111 e 116 della *Sentenza Sahin*.

<sup>178</sup> Alle argomentazioni espresse dal giudice europeo si contrappone la *dissenting opinion* presentata dal giudice *Tulkens* alla decisione della Grande Camera (la sentenza *Sahin* è stata adottata all'unanimità in Camera di Consiglio). Questo, pur accettando la costruzione della Corte, ricorda come la libertà di religione sia un principio fondamentale delle odierne democrazie, e la richiesta di indossare il velo risponde ad una necessità democratica, per cui la discriminazione subita dalla studentessa non è condivisibile. Tra l'altro non esiste in Europa un'uniformità di atteggiamento nei confronti della questione in quanto non è rintracciabile una norma comune che vieta il velo nelle istituzioni di grado superiore come può essere nelle Università. Questo è motivo per cui, secondo il giudice *Tulkens*, il margine di apprezzamento non può trovare applicazione nel caso di specie.

<sup>179</sup> Paragrafo 116

<sup>180</sup> La questione ha come epilogo l'abolizione del divieto dell'uso del velo con l'adozione di due emendamenti costituzionali del 6 e del 9 febbraio 2008, i quali aboliscono il divieto al velo negli spazi pubblici. Ancora una volta, la Corte Costituzionale, adita dal Procuratore Generale, riconosce la contrarietà della previsione al principio di laicità, confermando che il velo è in aperta violazione del principio di uguaglianza oggi protetto dalla maggioranza delle Costituzioni esistenti. La Corte, così, accoglie il ricorso e pronuncia l'incostituzionalità degli emendamenti.

Se è indubbio che la sentenza della Corte di Strasburgo segni un passo importante nel cammino verso il rafforzamento dei principi tutelati dal costituente e dal giudice delle leggi turco, la questione che rimane aperta riguarda il “se” l’eguaglianza di genere può giustificare la restrizione alla libertà personale, quale può essere l’uso di un simbolo religioso<sup>181</sup>. Questo alla luce dell’esistenza di culture fondamentaliste che tendono a limitare i diritti delle donne, per cui il divieto dei simboli che quelle stesse culture portano con sé diventano strumento per innalzare la donna e la dignità della stessa, secondo un paradosso in cui la tutela della collettività si traduce nella limitazione dei diritti dei singoli<sup>182</sup>.

Con riferimento al velo, dunque, le due giurisprudenze costituzionali si mostrano aperte verso la tutela di una migliore condizione della donna. Questa lettura è condizionata dal tipo di costituzionalismo accolto in queste aree, e traduce nel caso egiziano la garanzia di un intervento “secolare” soltanto negli spazi “vuoti” lasciati dalla legislazione sacra, e nel caso turco l’esigenza di garantire un costituzionalismo nato sulla scorta del principio di laicità. Ciò seppur questo ultimo traduca più un’impostazione “politica” che costituzionale della tutela riconosciuta ai diritti ed alle libertà dei singoli.

### 3.2 Il diritto al lavoro nella giurisprudenza egiziana e turca

Come detto nella prima parte del capitolo, l’islam ha riconosciuto alla donna il diritto al lavoro così come il diritto ad un proprio e personale guadagno. La tradizione e le interpretazioni storicamente orientate hanno però limitato la donna alla sola sfera privata, tanto da escludere questo diritto dalle situazioni soggettive tutelate per la stessa.

La questione è ancora attuale e può essere valutata con riferimento alla recente sentenza del 14 marzo 2010 con cui la Suprema Corte Costituzionale egiziana ha riconosciuto il diritto delle donne alla nomina come giudici del Consiglio di Stato (*Maglis al-Dowla*)<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Cfr. S. MANCINI, *op. cit.*, pagg. 138 e ss.

<sup>182</sup> Cfr. H. GILBERT, *Redefining Manifestation of Belief in Leyla Sahin v. Turkey*, in *European Human Right Law Review*, n. 3, 2006

<sup>183</sup> Cfr. I. SPIGNO, *Egitto. La Corte costituzionale riconosce il diritto delle donne ad essere nominate giudici del Consiglio di Stato*, in *DPCE on line*, disponibile al sito <http://www.dpce.it/online/>

Il 15 febbraio del 2010 l'Assemblea generale del Consiglio di Stato egiziano vota a sfavore della nomina di una figura femminile quale giudice del più alto organo di giustizia amministrativa, considerato contrario al ruolo di mogli e madri assegnato loro dalla cultura islamica. La stessa decisione è confermata dal Consiglio speciale, la più alta autorità amministrativa dell'ordinamento egiziano, al quale spetta la competenza di supervisionare l'attività del Consiglio di Stato, alla luce delle disposizioni della *shari'a*. La decisione finale così diventa parte di una questione di costituzionalità presentata dal Primo ministro, Ajmed Nazif, avente ad oggetto la parte della norma riferita alla formazione dell'organo giudicante ed, in particolare, alla disposizione in base alla quale condizione principale per essere nominato membro del Consiglio è quello di essere un "egiziano", sulla cui interpretazione letterale si è concentrata la questione.

I più tradizionalisti, infatti, limitando la stessa nel suo tenore grammaticale, ne hanno intravisto la esclusione diretta delle donne, in quanto riferita ai soli egiziani/uomini.

Sulla base di questa interpretazione la norma diventa oggetto di un ricorso di costituzionalità per contrasto con il principio di cittadinanza e di eguaglianza di cui all'articolo 40 (oggi 6) della Costituzione. La Suprema Corte investita della questione affronta la materia ricorrendo alla sua classica teoria dell'interpretazione. Così, richiama la normativa islamica, chiarendo come non sia possibile riscontrare nelle fonti sharaitiche una norma che vieti la nomina all'incarico di giudice, il che ammette, come per altri casi, l'intervento del legislatore nazionale competente nel definire la legislazione di merito al fine di adattare i principi della legge sacra ai bisogni dei tempi. Sia nel Corano che nella legislazione costituzionale non è possibile, infatti, riscontrare una norma che limiti l'ingresso della donna nel mercato del lavoro ed in particolare all'incarico di giudice del Consiglio di Stato, per cui la tradizionale lettura del rapporto tra i sessi che relega la donna al solo nucleo familiare non può essere accolta.

Per questi motivi, la Corte tutela il diritto della donna al lavoro e dichiara l'incostituzionalità della disposizione per incompatibilità con la Costituzione, confermando quanto già affermato nel 2003 con l'ammissione di una donna all'incarico di giudice alla Corte Costituzionale, a prova del più ampio e riconosciuto diritto al lavoro ed al pari trattamento rispetto alla controparte maschile.

La questione della tutela del diritto al lavoro ed al godimento dei frutti dello stesso è oggetto, inoltre, della questione di costituzionalità presentata dalla Corte amministrativa di Alessandria nel dicembre del 1996<sup>184</sup>, avente ad oggetto il decreto del Ministero dell'Agricoltura e del Territorio n. 234 del 1991, vincolante il diritto di una donna coniugata al compenso per il lavoro prestato su un terreno coltivato per un valore non superiore al compenso spettante al coniuge. La norma dispone in questo caso, che il guadagno della donna non può superare del cinquanta per cento quello del marito, ponendosi così in contrasto con il principio di uguaglianza tutelato in Costituzione, al principio di non discriminazione basato sul sesso nonché alla tutela del lavoro e della proprietà privata.

La Corte ricorda come il fine della legislazione oggetto della questione sia quello di tutelare la famiglia, considerata unico soggetto giuridico per cui quanto goduto dal singolo rientra nell'unione stessa. Ma ciò non ammette la possibilità di limitare il godimento di un diritto, e nello specifico il diritto al lavoro ed al relativo guadagno, da parte del singolo solo perché facente parte di un nucleo familiare.

La relazione matrimoniale non è condizione che ammette forme di discriminazione nei confronti della donna, in quanto sia il marito che la moglie hanno gli stessi diritti sul luogo di lavoro, sulla base del principio di collaborazione di cui all'articolo 7 della Carta medesima. La Corte decide, così, per l'incostituzionalità del Decreto nella parte che stabilisce che se due sposi lavorano nello stesso luogo, solo uno può usufruire di un guadagno maggiore, superando di tal guisa la normativa avente portata fortemente conservatrice, e riconoscendo ancora una volta una posizione di apertura nei confronti della donna.

Il rapporto tra i sessi ed il diritto al lavoro è oggetto anche di una questione di costituzionalità innanzi alla Corte Costituzionale Turca<sup>185</sup>, ma diversa è la conclusione cui perviene qui il giudice delle leggi. La questione concerne, infatti, la materia del lavoro per donne neo-sposate di cui all'articolo 14 comma 1 della Legge n. 1475 e che tocca l'ammissibilità della dissoluzione di un rapporto di lavoro per decisione della donna entro un anno dalla conclusione del suo matrimonio.

---

<sup>184</sup> Caso *Safinaz Tawfik Elgohary c. Ministero dell'interno*, Sentenza n. 144 del 1 settembre 1997

<sup>185</sup> Sentenza del 19 giugno 2008 n. E2006/156- K. 2008/125 pubblicata in *Official Gazette* n. 27066 del 16 novembre 2008

## CAPITOLO V

La disciplina in oggetto stabilisce che nei casi di licenziamento anticipato per motivi familiari al datore di lavoro spetta il versamento di una somma di denaro a titolo di assistenza per la donna stessa che abdichi al lavoro in favore della famiglia.

Secondo il ricorrente, la norma è contraria al principio di uguaglianza tutelato in Costituzione in quanto riconosce delle discriminazioni tra i sessi e prevede una normativa favorevole all'interruzione del rapporto di lavoro da parte della donna, la quale vedendosi riconosciuta anche l'assistenza è spinta ad abbandonare l'attività lavorativa fino al momento prestata.

La Corte nella sua argomentazione riferisce all'articolo 41 della Costituzione che tutela la famiglia e riconosce la competenza del legislatore di adottare tutte le misure necessarie per assicurare la pace, la protezione e l'unità della famiglia. La stessa richiama l'articolo 50, che prevede che "donne, figli e persone con disabilità mentali e fisiche devono godere di speciale protezione nel campo del lavoro". Basandosi su queste disposizioni costituzionali stabilisce, mantenendo una posizione conservatrice, come l'obiettivo della norma sia quello di proteggere le donne lavoratrici che vogliano lasciare il lavoro dopo la conclusione del matrimonio, scegliendo l'unità familiare alla prestazione lavorativa, motivo per cui la portata della norma non è discriminatoria né contraria alla Costituzione.

A questa rilevante sentenza dal carattere fortemente "tradizionale", due giudici presentano una *dissenting opinion*<sup>186</sup>, attraverso cui è rilevata la posizione di svantaggio che la sentenza riconosce a danno della libertà della donna, incoraggiata al ritiro dal mondo del lavoro dopo la conclusione del matrimonio, condizione che conferma il forte conservatorismo culturale presente nell'ordinamento, in forza di un retaggio di derivazione religiosa in grado di condizionare la garanzia sostanziale dei diritti riconosciuti ai singoli nonostante l'impostazione laica del sistema.

Una prima e breve riflessione che emerge da questa comparazione permette di evidenziare come il riconoscimento o meno del principio di laicità sul piano costituzionale non è stato tale da caratterizzare la tutela dei diritti riconosciuta ai singoli, la quale paradossalmente in questa materia è stata perseguita in misura maggiore nell'ordinamento "confessionale" rispetto all'ordinamento "laico".

---

<sup>186</sup> Presentate dai giudici *Kantarcioglu e Perktas*.

Questa considerazione è molto importante nel valutare il costituzionalismo accolto attraverso la disamina dei diritti e che dimostra di non coincidere con la declinazione occidentale dello stesso, per cui alla “laicità” non corrisponde direttamente la tutela dei singoli. Al contrario, l’approfondimento sui casi qui selezionati è tale da dimostrare come in Turchia la separazione tra Stato e religione continui ad avere una connotazione prima di tutto “politica”, mancando una volontà effettivamente costituzionale di tutelare i diritti; questo vuoto è in qualche modo colmato dalla giurisprudenza della Suprema Corte Costituzionale in Egitto, la quale nonostante il riferimento alla legge islamica ed al relativo costituzionalismo confessionale qui sviluppato, è stata in grado di creare un ponte armonico tra l’esigenza di garantire i diritti dei singoli ed una lettura “moderna” della legge sharaitica.

### *3.3 La tutela dell’integrità fisica e morale: le circoncisioni femminili e la violenza domestica*

Questo paragrafo tratta di due questioni importanti nell’alveo della tutela riconosciuta alle donne nel rapporto tra le istituzioni e l’impatto che la cultura tradizionale produce nella società. Tra queste rileva *in primis* la questione della circoncisione femminile, materia intorno alla quale si è sviluppato un dibattito appassionato sia in Occidente che nel contesto arabo-musulmano. In questo ultimo, in particolare, è possibile individuare le voci più moderniste, che rivendicano l’abolizione della pratica, e le posizioni più tradizionaliste, secondo le quali la circoncisione è legittima in quanto prevista dalle scritture sacre.

In realtà, seppur richiamata nella *sunnah*, la circoncisione è un’usanza dalla connotazione “socio-culturale” e non giuridica, condizione che spiega il perché la stessa sia osservata solo in alcuni ordinamenti dell’area islamica. Infatti, così come non ve ne è alcuna traccia in Turchia, in Egitto è ampiamente diffusa.

Dal punto di vista delle fonti islamiche, il Corano non ne fa menzione<sup>187</sup>, essendo stato il profeta a definirla quale un atto meritorio per le donne, *makrumah*, e quindi

---

<sup>187</sup> Al contrario, il verso 4:119 vieta all’uomo di modificare quanto è stato creato da Dio, compreso l’individuo stesso.

non obbligatorio ma consigliato, ed obbligatorio per gli uomini, tanto da divenire causa di scioglimento del matrimonio in caso di mancata osservanza dello stesso<sup>188</sup>.

In Egitto, già il decreto numero 74 del 1959 in materia di circoncisione femminile, aveva stabilito un divieto “parziale” di predisporre la pratica, ammessa unicamente in cliniche pubbliche. Da ciò ne conseguiva la possibilità che la stessa potesse essere realizzata, mantenendo la legittimità delle mutilazioni in nome di *Allah*. Questo fino al 1996, quando il Ministero della salute ha promulgato il decreto numero 261<sup>189</sup>, con il quale è stata stabilita la proibizione delle operazioni di circoncisione femminile, sia negli ospedali che nelle cliniche pubbliche e private, riconoscendo l’eccezionalità dei casi di estrema necessità e per scopi terapeutici. Tale decreto è stato impugnato, però, dalle autorità religiose perché ritenuto incompatibile con la *shari’a* dinanzi alla Corte Amministrativa del Cairo<sup>190</sup>. Quest’ultima, ammettendo il ricorso, ha trattato la questione ripercorrendo la teoria dell’interpretazione sviluppata dalla Suprema Corte Costituzionale, ricordando come i principi della *shari’a* siano scindibili in definitivi ed in principi che possono essere oggetto di interpretazione, la cui applicazione è flessibile e variabile, tanto da ammettere il ricorso all’*ijtihad*.

La Corte nell’analisi del caso, pur individuando la fonte delle circoncisioni negli *hadith* del profeta, sostiene come la mancanza di una interpretazione uniforme nella giurisprudenza classica non permetta di innalzare la disposizione al rango di principio definitivo, ammettendo così l’intervento discrezionale del legislatore. La Corte ricorda, inoltre, i principi che tutelano l’integrità fisica, affermando come la pratica della mutilazione non sia annoverabile tra i motivi che giustificano un intervento sul corpo umano. A supporto di ciò, richiama le norme che regolano la professione medica, protetta dalla legge n. 415 del 1954, le quali stabiliscono la legittimità delle circoncisioni solo in caso di malattia non potendola equiparare ad un trattamento medico<sup>191</sup>.

La Suprema Corte Amministrativa si allinea, così, all’indirizzo della Suprema Corte Costituzionale, dimostrando l’accoglimento della teoria interpretativa sulle fonti

---

<sup>188</sup> Cfr. S.A.A. ABU-SALIEH, *Islamic Law and the issue of male and female circumcision*, in AA.VV., *Third world. Legal studies. Women’s right and traditional law: a conflict*, New York, 1994-95, pagg. 73-101.

<sup>189</sup> Cfr. B. DUPRET, *Il governo della legge nei limiti dell’etica islamica. Il caso egiziano*, op. cit.

<sup>190</sup> Sentenza n. 5257/43 del 28 dicembre 1997

<sup>191</sup> Cfr. il caso n. 74 del 1 giugno del 1997 o anche il caso n. 31 del 18 marzo 1995

islamiche in altri settori della giurisprudenza nazionale, seppur mantenendo delle differenze rispetto all'utilizzo delle fonti nella metodologia interpretativa seguita. La Corte Amministrativa, cioè, giustifica la sua posizione ricorrendo al Corano ed anche alla *sunnah*, superando l'atteggiamento di "chiusura" nei confronti degli *hadith* della Corte Costituzionale. La Corte rigetta, quindi, la questione, non riconoscendo una origine islamica nell'esercizio della pratica e confermando la legittimità del decreto impugnato, confermando la tutela giuridica nei confronti di tutte quelle donne che rifiutano di sottoporsi alla pratica.

Al pari dell'Egitto, la questione dell'integrità fisica e morale è oggetto della giurisprudenza turca, ma in tal caso non ci si sofferma sulla questione della circoncisione, ma sulla materia della violenza fisica e psicologica subita dalle donne, intesa quale ulteriore esplicitazione delle modalità in cui si realizza la violazione del principio di uguaglianza tra i sessi.

La Corte è adita per esaminare la materia dell'adulterio, ed in particolare dell'adulterio del marito, di cui alla sezione 441 del Codice Penale turco, per violazione dell'articolo 10 della Costituzione<sup>192</sup>. La fattispecie è disciplinata dal legislatore turco secondo un distinguo a seconda del soggetto che la pone in essere. Mentre la sezione 440 disciplina il reato di adulterio posto in essere dalla moglie, prevedendo come pena la reclusione da sei mesi a tre anni, la sezione 441, regolando la stessa fattispecie per l'uomo, prevede la medesima pena ma a condizione che sia provata la convivenza con un'altra donna non sposata, la quale deve essere stata trattata al pari della moglie legittima, nella sua casa o in un altro posto conosciuto da terzi. Se, dunque, l'unione fisica è requisito sufficiente per la punibilità della moglie, nel caso del marito è richiesta una prova aggiuntiva, violando di conseguenza la Costituzione. La Corte accoglie la questione e dichiara l'incostituzionalità della norma per contrarietà ai principi di eguaglianza sanciti nella Carta. I coniugi, secondo il giudice delle leggi, sono soggetti ai medesimi obblighi e diritti, anche in materia di fedeltà coniugale, per cui una norma discriminatoria quale quella del Codice Penale non ha ragione di esistere, sulla base dell'articolo 10 della Costituzione. Così facendo, la Corte con questo intervento mira a rafforzare il regime

---

<sup>192</sup> Caso 1996/15;1996/34 del 23 settembre 1996 in *Official Gazete* n. 22860 del 27/12/1996

## CAPITOLO V

di uguaglianza tra i coniugi, e quindi a migliorare la condizione giuridica della donna, abrogando quelle disposizioni legislative contrarie a tale spirito.

Allo stesso modo, la giurisprudenza turca tratta della materia della violenza domestica quale forma di violazione dell'integrità fisica femminile, in relazione al principio di uguaglianza protetto in Costituzione. La questione in questo caso<sup>193</sup> ha ad oggetto la costituzionalità dell'articolo 1 commi 1 e 2 del Codice per la Protezione della Famiglia, adottato con legge n. 4320 del 1998, i quali stabiliscono che in caso di violenza familiare, il giudice può prendere tutte le misure di prevenzione dirette contro uno degli sposi, con eccezione dei figli o di altri membri della famiglia (comma 1) e che in caso di violenze, le parti devono essere informate del procedimento di ingiunzione, e soltanto se non si adeguano allora possono vedersi limitare la libertà per un periodo non eccedente i sei mesi (comma 2).

Queste disposizioni sono considerate contrarie all'articolo 41 della Carta, che impone, come visto, il dovere per lo Stato di tutelare l'unità familiare nella sua integrità ed unità, nonché all'articolo 10 che suggella il principio di uguaglianza. La norma oggetto della questione prevede, infatti, che la pena possa colpire soltanto i coniugi e non tutti gli elementi di una famiglia, come per esempio i figli, creando una situazione di discriminazione all'interno del nucleo familiare.

La Corte Costituzionale ancora una volta rigetta la questione di costituzionalità, riconoscendo la conformità della norma all'articolo 10 della Costituzione ed all'articolo 41. Secondo il giudice costituzionale, in caso di violenza domestica spetta al giudice stabilire le pene necessarie, in applicazione del principio di legalità, e ciò può essere limitato solo ai due coniugi e non per gli altri membri della famiglia in quanto, alla luce di quanto stabilito nella Carta costituzionale, ai coniugi spettano *pari* responsabilità tra loro, ma diverse rispetto a quelle degli altri componenti del nucleo familiare, per cui in caso di violenza domestica le pene devono colpire soltanto i primi. Ciò che rileva è quindi il riconoscimento del pari peso di moglie e marito nelle responsabilità verso la famiglia, condizione che ne conferma la

---

<sup>193</sup> Sentenza del 12 novembre 2002 n. E. 1999/35- K. 2002/14 in *Official Gazette* n. 25063 del 29 marzo 2003

legittimità costituzionale della norma, stabilendo l'eguale apporto dei coniugi all'unità ed alla serenità della famiglia stessa<sup>194</sup>.

La questione richiama, il caso *Opuz vs Turkey*<sup>195</sup> oggetto di un ricorso alla Corte di Strasburgo<sup>196</sup>, riguardante la condanna inflitta dalla Corte di Diyarbakir il 26 marzo 2008 al marito della signora *Opuz* per le violenze fisiche inflitte alla stessa dal coniuge, e per le quali la signora decide di abbandonare il tetto coniugale, ma provocando la morte della madre per mano del marito durante la fase del trasloco<sup>197</sup>. Dopo una serie di avvicendamenti giudiziari, l'uomo riacquista la libertà e torna a minacciare la moglie, la quale esperiti tutti i livelli di giustizia interna, ricorre alla Corte Europea per violazione degli articoli 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) della CEDU.

Peculiare è in questo caso il ragionamento seguito dalla Corte di Strasburgo che non concentra la propria attenzione sulla normativa interna, discriminatoria nel legittimare il delitto di onore, ma guarda alle Corti nazionali ed alla mancata attivazione da parte delle autorità interne al fine di proteggere i diritti della donna, creando un *favor* verso l'impunità dell'uomo in virtù di una lettura tradizionale delle disposizioni nazionali. Per questo motivo dichiara la violazione dell'articolo 14 della CEDU<sup>198</sup>, in combinato con gli articoli 2 e 3, e condanna lo Stato nel richiamare come sia un dovere delle autorità nazionali predisporre le misure necessarie per proteggere la vita dei cittadini sottoposti alla propria giurisdizione. La Corte di Strasburgo sanziona, cioè, quelle posizioni che riconoscono ancora alla tradizione

---

<sup>194</sup> Con riferimento al secondo comma, la questione tratta la competenza del giudice penale di comminare la pena in caso di mancato ottemperamento all'ingiunzione giudiziale da parte dei coniugi. Secondo la Corte la norma non viola la Costituzione ed, in particolare, l'articolo 138 che tutela il principio di separazione dei poteri, giacché rientra nella competenza dei giudici imporre misure preventive, al fine di tutelare il rispetto del principio di legalità protetto in Costituzione.

<sup>195</sup> Cfr. A. CIERVO, *L'articolo 14 della CEDU come parametro autonomo di giudizio? Il caso Opuz contro Turchia*, in [www.diritti-decu.unipg.it](http://www.diritti-decu.unipg.it)

<sup>196</sup> Decisione del 9 settembre 2009, *Opuz vs Turkey*, ricorso n. 33401/02

<sup>197</sup> All'azione consegue la sentenza di condanna all'ergastolo nel marzo del 2008 per omicidio. Nella sentenza si legge il riferimento alla tradizione dell'ordinamento turco nella parte in cui la Corte d'Assise riconosce la consequenzialità dell'azione penale dell'uomo alle provocazioni della defunta, il quale per tutelare il proprio onore uccide la signora.

<sup>198</sup> La Corte ricorda che uno Stato membro assume un comportamento discriminatorio se adotta una legislazione interna che regola in modo diverso, senza alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole, situazioni significativamente simili. Sulla base di tali considerazioni, i giudici di Strasburgo osservano che, sebbene la legge turca n. 4320 del 1998 abbia previsto misure specifiche per la protezione delle donne contro la violenza domestica, la medesima non ha avuto un effetto deterrente in grado di garantire la prevenzione degli atti illeciti contro l'integrità, condizione per cui la Turchia è condannata per violazione delle disposizioni contenute nella CEDU.

discriminatoria una qualche forma di legittimità, richiamando l'attenzione sul principio di uguaglianza, senza discriminazione in base al sesso, e di conseguenza alla protezione che un ordinamento che si dichiara democratico deve garantire ai propri cittadini.

Questa decisione è importante in quanto permette di avanzare alcune considerazioni. Ognuna di queste decisioni va, invero, nella direzione di assicurare una maggiore tutela nei confronti delle donne stante il maggior coinvolgimento del sistema giurisdizionale, nazionale ed internazionale, nel garantire una maggiore adesione alla legislazione costituzionale, ancora troppo spesso superata da approcci conservatori e legati ad una lettura "tradizionale" dei rapporti tra i sessi. In questo caso, sia la Turchia che l'Egitto hanno evidenziato la volontà di individuare una via per la garanzia costituzionale dei diritti e soprattutto della tutela del principio di integrità fisica e psichica dei singoli, applicando il principio di uguaglianza protetto in Costituzione.

Il riferimento alla giurisprudenza europea consente, al contempo, di evidenziare l'esistenza di letture ancora troppo conservatrici della norme nazionali, a conferma della presenza di orientamenti, anche giurisprudenziali, che continuano a considerare la tradizione predominante, danneggiando, di conseguenza, la diffusione di una cultura sostanzialmente egualitaria, sotto il versante delle tutele giuridiche garantite ai singoli dagli ordinamenti al momento in vigore.

### *4.1 diritti della donna nella prospettiva internazionalistica*

Con questo paragrafo si analizza la materia del rapporto tra islam e diritti umani e tra questi e la donna nell'islam, con riferimento al contesto internazionale, anch'esso parte della disciplina pubblicistica e quindi rientrante nel filone attraverso cui si è voluto investigare il tenore dei diritti riconosciuti dall'islam alla donna, secondo la già citata dicotomia pubblico/privato.

Secondo la prospettiva internazionalistica, la condizione giuridica delle donne è materia dell'articolo 2 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* nel quale trova disciplina il principio di uguaglianza, e dei successivi *Patti universali*, sui

diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, i quali hanno ulteriormente rafforzato la tutela prevista con il principio di non discriminazione.

A queste si aggiunge il principale documento a tutela della condizione giuridica del mondo femminile adottato dalla Comunità internazionale, la *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (da ora CEDAW), Convenzione indubbiamente rilevante in materia e nei confronti della quale è possibile valutare la posizione avanzata dai principali ordinamenti musulmani, i quali in virtù delle specificità del proprio sistema hanno apposto numerose riserve, giustificate da motivazioni che richiamano l'incompatibilità tra le disposizioni della CEDAW con i principi della *shari'a*.

Come già visto nei capitoli precedenti, il caso islamico, con le sue numerose ostilità al riconoscimento dei diritti, assume i tratti di una situazione "limite" nella formazione di una coscienza internazionale, che si traduce nel caso di specie in un vincolo alla formazione specifica di una volontà diretta alla protezione effettiva della donna negli ordinamenti che all'islam si ispirano. Così, al principio di uguaglianza tra i sessi e al divieto di discriminazione tra uomo e donna sancito sul piano internazionale, la tradizione giuridica risponde con una disuguaglianza intesa quale derivazione della volontà divina, tanto da non poter accettare quanto avallato dalla Comunità internazionale.

Ciò è il presupposto che spiega perché alla volontà "internazionalistica" di tutela sintetizzata nella CEDAW<sup>199</sup>, si è opposta la volontà regionalistica islamica, ravvisabile nelle Dichiarazioni dei diritti islamici, analizzate nei capitoli precedenti.

La CEDAW, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre del 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre del 1981, rappresenta, invero, il migliore documento in tema di tutela delle donne adottato in ambito internazionale, alla cui redazione hanno partecipato anche gli Stati dell'area arabo-musulmana. È attraverso

---

<sup>199</sup> La materia è stata oggetto della *Conferenza mondiale sui diritti umani* tenuta a Vienna nel 1993, della *Conferenza internazionale sui popoli e lo sviluppo*, tenuta a Cairo nel 1994, e della *Quarta Conferenza internazionale sulle donne*, svoltasi a Beijing nel 1995. In queste occasioni è stata rafforzata la consapevolezza della necessità di adottare strumenti atti a garantire lo sviluppo e l'emancipazione della donna ed eliminare le disuguaglianze, assicurando la partecipazione economica e politica delle stesse negli affari della comunità di appartenenza.

questo documento che gli Stati-membri si sono impegnati ad eliminare *de jure* e *de facto* l'ineguaglianza sulla base del sesso<sup>200</sup>.

Già dalla lettura del Preambolo può essere compreso il tono della Dichiarazione, nella parte che suggella come al pari del riconoscimento della parità nei diritti, sia necessario adottare *tutte le misure volte all'intervento degli Stati al fine di modificare le normative, i costumi e le pratiche che costituiscono discriminazioni sulla base del sesso*, ed assicurare la parità di diritti nell'ambito della materia matrimoniale e familiare.

In attuazione di ciò, l'articolo 1 definisce le discriminazioni quale “*ogni distinzione, esclusione o restrizione prodotta in base al sesso che ha l'effetto od il fine di rendere nullo od impari il riconoscimento, il godimento e l'esercizio da parte delle donne dei propri diritti e libertà fondamentali, anche attraverso lo status maritale, nel campo politico, economico, sociale, culturale, civile ed in qualsiasi altro campo*”. A questo segue l'articolo 4, disposizione che contiene l'invito rivolto agli Stati di adottare le misure necessarie al raggiungimento di questi scopi, eliminando i pregiudizi e le pratiche che ancora oggi riconoscono una posizione di inferiorità o superiorità tra i sessi<sup>201</sup>. Più nello specifico, l'articolo 2 riferisce alla responsabilità degli Stati di modificare le normative, i regolamenti, i costumi e le pratiche discriminanti contro le donne, adottando “azioni positive” finalizzate a superare gli stereotipi relativi al rapporto tra uomo e donna, soprattutto nei contesti più tradizionali.

La Convenzione istituisce, altresì, il *Comitato per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione*, un corpo costituito da ventitre esperti eletti dagli Stati parte, avente il compito di monitorare l'implementazione della stessa, attraverso l'esame di *report* che gli Stati stessi sono tenuti a presentare<sup>202</sup>. A questa procedura, si aggiunge quanto previsto dal Protocollo aggiuntivo del 6 ottobre 1999, entrato in vigore il 22 dicembre 2000, che ha introdotto la disciplina dei ricorsi individuali, dei quali i

<sup>200</sup> Cfr. M. BYDOON, *Reservations on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) based on Islam and its practical application in Jordan: Legal perspectives*, in *Arab law Quarterly*, vol. 25, part. 1, 2011, pagg. 51-69

<sup>201</sup> L'articolo 4, in particolare, sancisce che tutti gli Stati devono condannare le violenze contro le donne individuando le situazioni che non permettono il pieno godimento dei diritti e modificando le condizioni che permettono la perpetuazione di tali violenze, sia nella sfera privata che in quella pubblica.

<sup>202</sup> La Convenzione ha preferito adottare un sistema di “dialogo costruttivo” tra gli Stati finalizzato alla effettiva diffusione della cultura dell'eguaglianza. Sulla base dei *report* presentati dagli Stati parte, invero, la Commissione si è riservata di presentare delle raccomandazioni non vincolanti, lasciando liberi gli Stati di decidere se adeguarsi o meno.

singoli possono avvalersi per lamentare la violazione di uno dei diritti suggellati nella Carta, secondo l'*iter* procedurale sancito dal primo Protocollo del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*<sup>203</sup>, rafforzando così la tutela sostanziale dei diritti e la giustiziabilità degli stessi.

Tuttavia, nonostante tali importanti previsioni, come detto, la Convenzione è stata oggetto di numerose riserve presentate dagli Stati membri, ed in particolare dagli ordinamenti musulmani, che hanno in tal modo vincolato la sua effettività e, quindi, la possibilità di sua implementazione sostanziale, compromettendo la realizzazione su scala internazionale degli obiettivi prefissati<sup>204</sup>.

Tra le disposizioni della Convenzione, l'attenzione è qui focalizzata sugli articoli 2, 9, 10 e 16, nei confronti dei quali sono state promosse le principali riserve, giustificate dove per l'incompatibilità con le norme dell'islam, e dove con il richiamo alle disposizioni della legislazione nazionale<sup>205</sup>.

Nello specifico, l'articolo 2 prevede il richiamo generale alle misure necessarie che gli Stati membri devono implementare al fine di eliminare tutte le discriminazioni contro le donne. Nei confronti di questa disposizione l'Algeria, il Bangladesh, l'Egitto, la Libia, la Malesia, l'Iraq hanno presentato delle riserve giustificandole con riferimento alla tradizione sharaitica, la quale, secondo gli Stati, non ammette l'abrogazione di quelle disposizioni interne che sono derivanti dalla cultura giuridica autoctona. Il richiamo alla legge sacra, in questo caso, è l'elemento che permette a questi ordinamenti di non accogliere la disposizione internazionale nei propri sistemi

---

<sup>203</sup> Il Protocollo, adottato contestualmente al *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, ha introdotto il sistema di ricorsi individuali a tutela dei diritti sanciti nel trattato, istituendo un *Comitato per i diritti umani* al quale possono ricorrere i gruppi ed i singoli. Al pari degli altri ricorsi internazionali, è previsto che tutti i rimedi interni siano stati esperiti, ma contrariamente a quanto avviene nella scena internazionale, il Comitato chiude l'*iter* con delle "considerazioni" non vincolanti, seppur il peso "politico" non può essere disconosciuto dagli Stati Parte.

<sup>204</sup> La riserva è definita dall'articolo 2 comma 1 della Convenzione sul diritto dei Trattati di Vienna del 1969, come "*la dichiarazione unilaterale posta da uno Stato, quando firma, ratifica, accetta o approva un Trattato, che ritiene di escludere o modificare gli effetti giuridici di alcune previsioni del Trattato nell'applicazione dello stesso nel proprio ordinamento*". Cfr. L. LUNZAAD, *Reservation to UN-Human Rights Treaties. Ratify and Ruin*, Dordrecht, 1995

<sup>205</sup> Non bisogna dimenticare che le posizioni più tradizionaliste assimilano i diritti umani all'ideologia occidentale, sinonimo di secolarismo ed individualismo, e come tali non accettabili dalla cultura islamica. Il richiamo alla legislazione nazionale è in questo caso evidenza di quanto questa cultura "tradizionale" sia inglobata nelle norme valevoli per i singoli ordinamenti, tale da condizionare quei valori e principi che dovrebbero essere condivisi globalmente. Cfr. A.A. AN-NA'IM, *Islam, Islamic Law and the Dilemma of the cultural legitimacy for Universal Human Right*", in C.E. WELCH, V.A. LEARY, (ed. by), *Asian perspectives on Human Rights*, Boulder, 1990, pagg. 31-32

*tout court*, limitando l'effettività della stessa a quelle parti che sono considerate conformi a quanto stabilito dalla legge divina.

In realtà, non tutti tali ordinamenti hanno invocato la *shari'a* a giustificazione delle stesse riserve presentate, come nel caso dell'Algeria e dell'Iraq che hanno riferito, al contrario, alla legislazione nazionale quale fonte-limite per l'accoglimento della disposizione.

Lo stesso è anche nel caso dell'articolo 9 della CEDAW, che riferisce all'eguaglianza tra uomo e donna nell'acquisizione, nella rinuncia o nella modifica della propria cittadinanza e nazionalità. Tredici Stati hanno presentato delle riserve, tra cui l'Algeria, l'Egitto, l'Iraq, la Giordania, il Kuwait, il Marocco, la Tunisia, la Turchia ed il Libano, tutte motivate con riferimento alla legislazione nazionale ed alle culture locali, secondo le quali la moglie deve seguire la nazionalità del marito ed ai figli non può che essere attribuita la cittadinanza del padre. Il mancato richiamo alla legge islamica è, in questi casi, la dimostrazione di come la tradizione sharaitica sia parte della legislazione nazionale, la quale così va a limitare "indirettamente" quanto previsto dalla norma internazionale.

L'articolo 15, ancora, obbliga gli Stati all'equo trattamento di uomini e donne davanti alla legge, sancendo come a tutti i soggetti debbano essere riconosciuti la medesima capacità giuridica senza discriminazione in base al sesso, la libertà di movimento e la libertà di scegliere il proprio domicilio. Tra gli Stati musulmani che hanno presentato le riserve, l'Algeria, il Marocco, la Tunisia, la Turchia<sup>206</sup>, i quali riferendo alla legislazione nazionale hanno ricordato come sia proprio la legislazione adottata a stabilire che la donna debba seguire il marito, e la sua residenza debba coincidere con quella scelta dallo stesso.

L'articolo 16 della Convenzione, invece, riferisce ai diritti della donna all'interno della famiglia, e per questo la principale disposizione oggetto delle riserve degli Stati a maggioranza musulmana, giustificate con riferimento alla legge sharaitica. La norma stabilisce, invero, che uomini e donne godono degli stessi diritti, sia nella fase

---

<sup>206</sup> Secondo la Turchia, la disposizione di cui all'articolo 15 della Convenzione era contraria all'articolo 15 comma 2 del Codice Civile. Come visto, le riserve apposte dalla Turchia sono state superate con l'adozione del nuovo Codice Civile del 2001, per cui le riserve dello Stato turco non possono essere considerate oggi in vigore. Il richiamo a questo ordinamento, in tal caso, è evidenza, della forza che la tradizione ha esercitato sullo stesso, il quale, nonostante il processo di laicizzazione completato, non ha mancato di presentare delle riserve alla CEDAW.

della costituzione che della dissoluzione del rapporto coniugale, disposizione che ha prodotto un elevato numero di riserve, tra cui quelle di Egitto, Algeria, Marocco, Malesia, Tunisia, rappresentando le più dettagliate e forti dimostrazioni della cultura giuridica islamica all'implementazione della CEDAW.

La critica fondamentale alla disposizione può essere espressa con le parole di al-Būtī, secondo cui il mancato accoglimento della norma rappresenta un rifiuto dell'approccio individualista della Convenzione ai diritti, contraria all'impostazione islamica ove la famiglia è un tessuto di relazioni che la rende un soggetto di diritto.

Il riconoscimento che la CEDAW fa dei diritti dei "singoli" rappresenta una prevaricazione nei confronti di una istituzione, la *ummah* islamica, che nel suo complesso è tale da definire l'insieme dei diritti di cui i singoli godono, in quanto conseguenza dell'equilibrio tra individuo e comunità<sup>207</sup>.

Paradigmatica, a tal fine, è la riserva presentata dall'Egitto, nella quale l'ordinamento nord africano spiega come l'accettazione dell'articolo 16 non sia ammessa in quanto pregiudizio nell'osservanza della legge islamica. Il diritto islamico impone l'obbedienza della moglie nei confronti del marito, riconoscendole un limitato diritto allo scioglimento del vincolo matrimoniale, così come limitate libertà di movimento nel corso del rapporto stesso, mentre spetta al marito l'obbligo al mantenimento della moglie. In questo senso, secondo gli esponenti egiziani il diritto musulmano riconosce alla donna una posizione più favorevole rispetto a quella sancita dalla Convenzione, che non cita i diritti di proprietà della donna, tantoché l'accettazione dei valori occidentali rappresenta un detrimento della "sfera privata" della condizione giuridica riconosciuta alla donna dall'islam<sup>208</sup>.

Certamente la posizione dell'Egitto non è rappresentativa degli Stati che hanno apposto delle riserve, ma è esemplificativa del diverso sentire di origine islamico, alla luce della tradizione giuridica accolta anche nelle legislazioni nazionali.

---

<sup>207</sup> Cfr. I. DE FRANCESCO, *Diritti, ruoli, relazioni: I diritti della sposa nell'islam*, cit.

<sup>208</sup> Cfr. S.S. ALI, *Gender and human rights in Islam and International law: equal before Allah, unequal before man?*, cit., pagg. 260-261; L. NASSER, *Implementation of CRC and CEDAW in the Arab Countries: an analysis of Reservations. A case study of 6 project countries: Egypt, Jordan, Lebanon, Sudan Morocco, Tunisia*, Amman, 1997, pag. 15

*4.1 La CEDAW e le riserve islamiche. Riflessioni a margine*

Come analizzato nel precedente paragrafo, la maggior parte delle riserve apposte dai paesi a maggioranza islamica hanno invocato la tradizione giuridica endogena quale fonte delle motivazioni presentate al fine di limitare gli effetti prodotti dalla Dichiarazione nei propri ordinamenti.

In tal senso, come ricorda la Mayer<sup>209</sup>, la posizione degli ordinamenti musulmani rimanda ad una identificazione della legge islamica alla stregua di un sistema giuridico “sovranazionale”, produttivo di effetti vincolanti e che i singoli Stati devono provvedere a rispettare.

L’approfondimento svolto su questo peculiare sistema giuridico ha potuto, però, evidenziare il pluralismo che lo caratterizza, rispecchiante un modello duale, al quale si è fatto riferimento in tutto il lavoro, e che condiziona *in primis* la materia del diritto di famiglia, nel cui novero sono rintracciabili una pluralità di interpretazioni di origine “umana”. Le molte riserve, invero, sono state apposte non riferendo direttamente alla “legge divina”, ma alle legislazioni interne, mettendo in evidenza come quelle stesse normative nazionali affondino in una cultura nazionale “immodificabile” e che ha radici nella mancanza di volontà di modificare il regime di discriminazione contro le donne ancora esistente.

Le riserve presentate dagli Stati musulmani con riferimento all’articolo 16, in particolare, hanno avuto come contenuto la non accettazione sostanziale di un “ampliamento” della condizione giuridica dell’emisfero femminile, laddove la norma riservata riconosce la piena eguaglianza tra i sessi, anche all’interno dell’istituzione familiare.

Tale differenza di posizione può essere ben constatata, in realtà, mettendo a confronto l’articolo 19 della *Dichiarazione Universale dei diritti umani nell’islam* con l’articolo 16 della *Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo* adottata dalle Nazioni Unite. Secondo la prima, ogni persona ha il diritto di sposarsi, formare una famiglia in conformità alla propria *religione, tradizione e cultura*. La seconda, invece, prevede unicamente il diritto di uomini e donne a sposarsi e costituirsi in famiglia senza riferimento alcuno alla razza, nazionalità e religione. Si prende atto, cioè, del

---

<sup>209</sup> Cfr. A.E. MAYER, *Islam and Human Rights. Traditions and politics*, Boulder, 2007, pagg. 118-119

differente approccio al tema, per cui la Dichiarazione islamica riconosce il diritto solo in riferimento alla religione di appartenenza, rimandando all'insieme delle norme discriminatorie previste dalla *shari'a*, la quale non sancisce quella libertà riconosciuta incondizionatamente dalla Dichiarazione ONU<sup>210</sup>.

L'unica eccezione a questo sistema è contenuta nella lettera *i* dell'articolo 19, secondo la quale nessuno può essere costretto a contrarre matrimonio contro la propria volontà, superando la tradizione islamica, per cui anche la giovane donna può essere "indirizzata" dal padre nella scelta del partner.

Stessa questione rileva nella lettura dell'articolo 20 della Dichiarazione islamica, intitolato "*dei diritti della donna sposata*", disposizione che rinvia alla sola situazione in cui l'islam considera la donna come soggetto di diritto, ossia come donna sposata, quale esplicitazione della cultura islamica secondo cui il matrimonio è un dovere di ogni musulmano, atto a realizzare la volontà divina. La versione araba dell'articolo 20 menziona, altresì, il verso del Corano 4:34, non presente curiosamente nella versione inglese, il quale, ricordando l'istituto del mantenimento, suggella la disparità tra donna ed uomo e l'esclusione della prima da qualsiasi forma di attività remunerativa. Lo stesso vale per il richiamo al ripudio, quale diritto assoluto dell'uomo al quale le donne non possono essere ammesse, secondo quanto disciplinato dalle norme della *shari'a*.

Queste impostazioni chiariscono come la *shari'a*, secondo la lettura storicizzata data della stessa, sia ancora l'elemento determinante nel definire lo *status* giuridico della donna, tanto da imporre delle limitazioni sostanziali ad un regime giuridico adottato sul piano internazionale.

Stante tale forza della tradizione posta sotto la prospettiva internazionale, al pari di quanto detto a chiusura del terzo capitolo, viene in rilievo la necessità di una riforma del diritto, che sia frutto di una lettura combinata tra le norme della Convenzione oggetto delle riserve e di quelle che i moderni giuristi islamici definiscono come "i principali obiettivi della *shari'a*" (*masaqid*), al fine di individuare forme di possibile convergenza tra le culture.

In questo modo, cioè, è possibile superare la tradizione giuridica classica di appartenenza, e le letture "storicizzate" date dalla stessa, e rinviare alle tesi sostenute

---

<sup>210</sup> Il richiamo alla tradizione giuridica è chiaro anche dal riferimento al verso coranico che riconosce la superiorità dell'uomo sulla donna (Corano 2:228).

dai giuristi più liberali, che rivendicano una nuova lettura delle fonti coraniche, poggiante su quei versi del libro sacro che stabiliscono la dignità dell'individuo, tale da ammettere un mutamento nell'impostazione di partenza e garantire la tutela sostanziale di principi come l'eguaglianza.

La nozione di uguaglianza è un concetto attuale che non trova un corrispettivo nei diritti religiosi, come quello islamico<sup>211</sup>, ma d'accordo con An-Na'im<sup>212</sup>, la fase di riforma in corso nei sistemi islamici può essere rafforzata da quegli strumenti internazionali, come la CEDAW, che possono offrire uno spunto alle legislazioni musulmane per adeguarsi alle normative sulla tutela dei diritti, ed auspicare un futuro diritto egualitario che prescindere dall'appartenenza religiosa.

### 5. Considerazioni conclusive

Come si è visto, l'analisi del diritto di famiglia islamico e dello statuto personale nella sua lettura classica permette di avere una panoramica dei rapporti tra i sessi che il sistema giuridico ha instaurato. Seppur si tratti di un tema strettamente civilistico, esso è centrale per l'analisi della condizione giuridica della donna musulmana negli odierni ordinamenti. Le legislazioni attuali sono infatti ancora saldamente ancorate alla cultura tradizionale, definibile lungo l'asse del mantenimento/obbedienza nei rapporti tra uomo e donna, secondo una relazione che racchiude l'insieme delle situazioni discriminatorie previste nel godimento dei diritti per la parte più debole.

Per tali motivi, si evidenzia in questa materia la discrasia tra quanto richiamato dai principi a cui le stesse si ispirano ed i valori accolti sul piano formale dalle Carte Costituzionali, tanto da svuotare il contenuto del principio di uguaglianza al quale tali documenti si richiamano. Nonostante le riforme del diritto di famiglia introdotte, ancora troppo forte è il legame di questo ambito del diritto con la tradizione religiosa, e questo sia in ordinamenti che si rifanno direttamente alla *shari'a*, come l'Egitto, che in ordinamenti in cui la tradizione assume più un connotato "culturale", come in

---

<sup>211</sup> Cfr. M. D'ARIENZO, *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. 31, 2002, pagg. 943-951; M. MUTAHHARI, *The Rights of women in Islam*, Tehran, 1981, pagg. 113 e ss.

<sup>212</sup> Cfr. A.A. AN-NA'IM, *Islamic Family law in a changing world. A global resource book*, London, 1988

Turchia, dove la transizione “laica” è stata condizionata da un relativismo dei valori avanzato sul piano politico e sociale, che ne ha limitato l’implementazione<sup>213</sup>.

L’approfondimento delle giurisprudenze costituzionali ha permesso di cogliere come non sempre il solo riferimento all’elemento religioso sia l’unica discriminante nel rinvenire il livello di tutela sostanziale garantito ai singoli, ma di come spesso la condizione giuridica sia limitata dal substrato culturale, non consente alle donne di liberarsi da un retaggio conservatore passato.

Da questo punto di vista si può concludere l’analisi della condizione giuridica della donna, qui assunto quale *driver* per valutare il livello di accoglimento della dottrina costituzionale classica. L’evidenza cui si giunge mette in luce come numerose siano ancora le forme di discriminazioni ammesse, sia da parte del potere legislativo che dal sistema di Corti nazionali, seppur tali lacune siano colmate da una giurisprudenza costituzionale sempre più cosciente del proprio ruolo.

Ciò nonostante, non si può non considerare come nell’attualità giuridica, l’accoglimento del modello occidentale è ancora sentito come un modello estraneo e la stessa eguaglianza tra i sessi è rifiutata in quanto considerata un’importazione esterna da rigettare, rafforzando la rivendicazione di un disequilibrio tra i diritti e i doveri di uomo e donna, per cui i ruoli sono definiti direttamente dal legislatore divino.

È necessario che un nuovo approccio giuridico sia accolto dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla legislazione nazionale, in modo da perseguire un costituzionalismo che si basi sostanzialmente su una volontà di tutela dei singoli, tanto da avallare anche il progresso della condizione giuridica della donna.

Quest’ultima deve diventare, di fatto, il riferimento a cui gli osservatori occidentali devono guardare nella valutazione del tipo di transizione giuridica che questi ordinamenti vorranno accogliere, od avviare, nel prossimo futuro nei rispettivi ordinamenti.

---

<sup>213</sup> Cfr. A. E. A. SONBOL, *A response to Muslim Countries’ reservations against full implementation of CEDAW*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, vol. 8 n. 3, 2010, pagg. 348-367

## CONCLUSIONI E PROSPETTIVE

### *1. L'oggetto dell'analisi. Il fattore religioso, la laicità e la protezione dei diritti negli ordinamenti islamici*

Nelle pagine che precedono si è cercato di comprendere la materia del costituzionalismo islamico ponendo l'accento su quegli elementi che lo caratterizzano secondo i classici principi della teoria costituzionale occidentale. Così, partendo dalle fonti, si è approfondita la teoria dei diritti, per arrivare ad analizzare la materia con riferimento ai due ordinamenti, Egitto e Turchia, emblemi di due risposte diverse, seppur non sempre antitetiche al costituzionalismo, ed approfondite con riferimento alla materia della condizione giuridica delle donne, assunta qui quale area di studio in cui prendere atto delle limitazioni che questo modello impone, tanto da condizionare la garanzia, in senso compiuto, dei diritti e delle libertà dei singoli.

Come si è potuto evidenziare, la visione giuridica islamica è legata alla natura divina del sistema, i cui principi sono per definizione in contraddizione con il modello costituzionale classico, sia sotto il versante della tutela dei diritti che della separazione dei poteri. Si è sviluppato come la *shari'a* continui a condizionare i moderni ordinamenti soprattutto in materie come lo statuto personale, intaccando uno dei principi basilari delle odierne democrazie costituzionali, quali il principio di eguaglianza, tanto da poter ritenere le discriminazioni subite in termini "assoluti", e come tali sufficienti per porre i sistemi islamici al di fuori del modello costituzional-democratico. La mancata separazione tra Stato e religione è, tra l'altro, una delle principali limitazioni al trionfo dello Stato democratico, e seppur qui importata durante l'epoca coloniale, i poteri dello Stato sono rimasti subordinati ad una legittimazione discendente dalla volontà divina e non dalla legge e dalla Costituzione "secolare".

Come si è visto nel terzo capitolo, il conflitto tra islam e democrazia viene in rilievo, altresì, nel momento in cui si compara il diritto islamico con quello internazionale, nella specifica materia dei diritti umani. Se questo ultimo identifica la supremazia del diritto inteso come ordinamento della Comunità internazionale, il primo riconosce

## CONCLUSIONI

tradizionalmente solo la *shari'a* quale sistema di regolamentazione dei rapporti con i soggetti non appartenenti alla *umma* islamica, e quindi con gli ordinamenti nazionali non “musulmani”. Di conseguenza, i principi che valgono per il sistema internazionale non trovano corrispondenza in quelli vevoli per gli Stati a maggioranza islamica. Ciò nonostante, la maggioranza degli ordinamenti dell'area partecipa oggi alla formazione di norme vincolanti adottate dalla Comunità internazionale, aderendo anche alle principali Dichiarazioni, una scelta questa che può essere dovuta ad un interesse meramente strumentale e “politico” di mantenere relazioni inter-statali fondamentali per questi sistemi, od anche, in una visione più ottimistica, all'individuazione di un processo di transizione giuridica che lentamente sta progredendo, seppur limitato dal continuo confrontarsi con la tradizione dell'area. Come in qualsiasi ordinamento giuridico, anche in quello musulmano il diritto è il “principio vitale della società”<sup>1</sup>, condizione che spiega il rifiuto delle nazioni islamiche di abbandonare il proprio sistema giuridico, il quale essendo incorporato in un sistema di fede ha continuato, e continua, a definirsi sulla base della concezione della immutabilità dello stesso, per cui la modernizzazione giuridica, e soprattutto il processo di costituzionalizzazione, sono concepiti più come una minaccia che come un'opportunità.

Se il diritto dell'Occidente poggia sul riconoscimento dei diritti, intesi secondo una logica individualista, per i musulmani tradizionalmente il diritto non è pura tecnica, in quanto rappresentazione della volontà divina, per cui la transizione finalizzata al superamento del sistema giuridico di riferimento si è rivelata un insuccesso, specie perché condotta da forze esterne o attraverso un esercizio del potere autoritario. Ciò ha provocato il fallimento dell'importazione del modello costituzionale, ovvero il fallimento del processo di omologazione al modello occidentale, considerata la non accettazione in contesti “altri” di un sistema che negli spazi di origine si è rivelato vincitore.

Le riforme promosse nel mondo musulmano, sia in materia di diritto costituzionale che di diritto di famiglia, hanno importato, difatti, qualcosa di estraneo rispetto alla tradizione storica e giuridica autoctona, dinanzi alla quale gli ordinamenti musulmani hanno risposto con una netta presa di posizione che si è tradotta in una resistenza al

---

<sup>1</sup>Cfr. M. HOCINE BENKHEIRA, *Il diritto civile alla conquista del mondo*, in R. ALUFFI BECK- PECCOZ (a cura di), *Persone, famiglie, diritti. Riforme legislative nell'Africa mediterranea*, Torino, 2006, pag. 61  
326

## CONCLUSIONI

cambiamento, da non intendere, però, alla stregua di un mero rigetto alle riforme, quanto quale un rifiuto ad annullare le peculiarità su cui la propria storia giuridica si è costruita.

Ciò nonostante, l'analisi ha evidenziato, nei primi tre capitoli, come anche l'area in oggetto abbia maturato delle dottrine proprie sulla natura dell'esercizio della cosa pubblica e del rapporto tra questo e la legge morale islamica, smentendo da questo punto di vista chi interpreta questo spazio giuridico come un blocco monolitico fondato su un mero diritto "medievale", incompatibile con le odierne tesi giuridiche. Dinanzi a queste circostanze, è legittimo chiedersi se sia possibile auspicare una convergenza delle posizioni giuridiche e se il sistema giuridico islamico possa costituire una declinazione alternativa, anche se non liberale, al concetto di costituzionalismo. Nel tentare di rispondere a questo interrogativo, si può, come molti autori occidentali hanno fatto, rigettare l'idea che il costituzionalismo sia compatibile con l'Islam, per le caratteristiche intrinseche dello Stato islamico. Tuttavia, questa posizione rimane troppo riduttiva, in quanto mira a leggere il fenomeno soltanto secondo la concezione tipicamente occidentale. Seppure basato su presupposti giuridici diversi, come detto, anche questa area ha sviluppato un approccio "costituzionale", il quale è evidenza dell'esistenza di una coscienza giuridica che può far intravedere una via fattibile al costituzionalismo, che accetti la tesi della tutela dei diritti e della necessità di un governo democratico.

Proprio a tale fine, come accennato nell'introduzione, questo lavoro ha cercato di sviscerare la supposta antinomia tra costituzionalismo ed islam, e quindi tra la teoria dei diritti e la concezione del sistema giuridico islamico, molto spesso intesi come termini che si escludono a vicenda. Avendo vagliato le differenze che concorrono a nutrire questo binomio, ci si può quindi interrogare sui possibili punti di incontro e di confronto tra le diverse concezioni, in quanto seppur enunciata l'universalità dei principi, è indubbio che non si possa parlare di universalità dei modelli.

Nel valutare ciò, *in primis* è necessario richiamare alla specificità del caso islamico, che prende forma nel sistema di dualità giuridica a cui la maggior parte delle Costituzioni dell'area fanno riferimento, le quali riconoscono sia la sovranità del popolo che la *shari'a* quali fonti della legislazione. Tale peculiarità è il prodotto di un sistema che nel suo interno si è costruito lungo una dialettica tra fonte

## CONCLUSIONI

divina/umana, e che ha condotto all'adozione di sistemi costituzionali "benedetti" e legittimati dalla fonte sacra. La dualità legale, invero, è sempre stata immanente nella tradizione giuridica islamica, a partire dal rapporto classico tra *shari'a* e *fiqh*, tra norma rivelata e interpretazioni "umane", la quale è riuscita a dotare il sistema giuridico di una struttura valevole a perdurare nel tempo ed a garantire l'adattabilità alle circostanze storiche evolutesi nel corso dei secoli.

Questa specificità è pervenuta fino all'epoca contemporanea, tantoché è proprio in questa ultima fase che la stessa è più tangibile, stante il riconoscimento "positivo" delle due fonti giuridiche, divina ed secolare, realizzato nelle attuali Costituzioni. Così, sul piano legislativo molte aree del diritto hanno continuato ad essere percepite come mero "dominio" della sola *shari'a* classica, e tra queste *in primis* lo statuto personale, una scelta che ha sacrificato la tutela dei diritti e della dignità dei singoli, nello specifico delle donne, concedendo il controllo del diritto di famiglia alla tradizione, e facendo dello stesso il fulcro del sistema discriminatorio di questi ordinamenti. Così, seppur l'apertura al costituzionalismo ed all'adozione di Carte costituzionali di origine laica, la salvaguardia di legislazioni che hanno continuato a richiamare alla legittimità religiosa, ha garantito quel sistema duale, tanto da creare una situazione paradossale in cui si rigetta il principio di laicità, impedendo l'adozione di riforme tutelanti nella sostanza i diritti e le libertà del singolo.

Queste considerazioni richiamano direttamente i due casi costituzionali qui analizzati nel quarto capitolo, nei quali il rapporto tra Stato e religione ha continuato a sopravvivere, secondo un modello di laicità, rigettata o accolta, con modalità *sui generis*.

Nell'Egitto confessionale, il contestuale richiamo alla fonte divina ed a quella della nazione ha creato evidenti problemi in termini di garanzia dei diritti e di transizione costituzionale. Come visto, l'esistenza di istituzioni il cui funzionamento rimanda ad una struttura giuridica secolare ed, al contempo, alla norma sharaitica, ha determinato uno stallo del sistema che in tale fase soltanto la Suprema Corte Costituzionale con la sua giurisprudenza ha cercato di superare, sviluppando una teoria innovatrice che riconosce i valori del costituzionalismo classico, seppur senza negare i riferimenti alla legge sharaitica.

## CONCLUSIONI

Simili considerazioni valgono per la Turchia laica. Seppur il processo di transizione avviato in tal caso ha relegato la religione a mero fatto privato, per cui l'ordinamento giuridico è retto da norme unicamente secolari, questo passaggio non ha garantito un costituzionalismo democratico sostanziale, sia perché la norma religiosa ha continuato a produrre effetti nella comunità sociale, tanto da dare vita a pratiche che nella sostanza hanno spesso eliso il contenuto della Costituzione, e sia perché quella stessa tradizione ha seguito a vincolare l'operato di istituzioni che non hanno mostrato la volontà di staccarsi da posizioni conservatrici. Le principali riforme avanzate sono quasi sempre state un prodotto dell'influenza esterna, che ancora oggi prende la forma della condizionalità che l'Unione Europea esercita per garantire il processo di adesione, tanto da confermare la Turchia come un "ponte" tra Europa ed Islam da un punto di vista geografico, ma anche, e direi soprattutto, dal punto di vista giuridico. Così, la prassi istituzionale ha evidenziato più la volontà di tutela del sistema costituzionale accolto, tradottasi in una sostanziale azione politica finalizzata ad eliminare la controparte islamista e garantirsi l'appoggio dell'Occidente, che una vera e propria intenzione di sostenere un processo di transizione verso un sistema garante dei principi di democrazia e della protezione sostanziale delle istanze avanzate dai singoli, anche in termini di tutela della libertà di religione.

L'analisi condotta sul caso egiziano e su quello turco è tale da evidenziare, pertanto, come si abbia a che fare con sistemi ancora in via di transizione, in cui sia la separazione dei poteri e soprattutto la tutela dei diritti sono limitate da letture tradizionali del diritto ed, al contempo, da una mancata legittimazione della transizione giuridica<sup>2</sup>. Ciò è evidenza di come, anche laddove il principio di laicità sia stato formalmente accolto, la separazione tra religione e Stato non si sia rivelata una preconditione per l'abbandono di pratiche discriminatorie e per accogliere i principi del costituzionalismo occidentale.

---

<sup>2</sup> La presenza di poteri autocratici è stata la causa determinante della legittimazione ad un uso del potere "non democratico" che ha tradotto una situazione di abuso del diritto. Tale circostanza può essere considerata la diretta conseguenza di un insieme di condizioni, tra cui la presenza di burocrazie militari, le quali hanno fatto ricorso ad ideologie europee, come il socialismo od il laicismo, al fine di accentrare il proprio potere e determinare la mancata transizione costituzionale. L'analisi dei cicli e dei modelli e le giustificazioni sul fallimento della transizione, affrontata in via generale nel primo capitolo, è di aiuto, dunque, per comprendere la dimensione "politica", oltre che religiosa, di questi ordinamenti ancora in fase di transizione.

## CONCLUSIONI

In questo frangente, si inserisce la materia della tutela della condizione giuridica della donna, di cui al quinto capitolo, che la tradizione sharaitica, così come la legislazione contemporanea continuano a relegare a soggetto marginale, non destinatario della sostanziale tutela prevista formalmente a livello costituzionale, a causa di una tradizione culturale ancora troppo ancorata al passato o di limiti legalistici specifici che, richiamando alla fonte divina, cristallizzano una volontà di subordinazione dell'emisfero femminile e svuotano la protezione prevista sul piano formale.

### *2. Il riconoscimento del principio di laicità e la costruzione di un ordinamento giuridico democratico. Quale futuro per gli ordinamenti islamici?*

La mancata modernizzazione ed il richiamo ad una legittimità duale sono state le principali cause di una condizione di stallo che hanno permesso le principali violazioni perpetuate negli ordinamenti a maggioranza islamica con riferimento alla materia dei diritti. Ciò nonostante, si può ritornare alla domanda iniziale e chiedersi quali siano le possibili prospettive in materia nell'ambito islamico. Di fatto, seppur non manchino soggetti attivi nel riconoscimento di una maggiore giustiziabilità dei diritti e delle libertà, come le Corti Costituzionali, le limitazioni imposte dalla cultura giuridica e da un potere legislativo "non democratico", asservito a logiche autocratiche di gestione del potere, continuano a vincolare il processo di modernizzazione del diritto.

Nel corso di questa analisi, invero, si è sempre cercato di fare riferimento ad una minima comparazione tra mondo giuridico occidentale e musulmano proprio per cogliere le contraddizioni di due culture giuridiche diverse nelle loro specificità, ma senza rinunciare alla possibilità di un incontro ed ad un'apertura verso la riforma islamica. È possibile, infatti, individuare un nocciolo duro di valori "moralì" rintracciabile in tutti i contesti giuridici e culturali che non è negoziabile, come in riferimento alla questione della dignità umana, eguaglianza e divieto di trattamenti

## CONCLUSIONI

disumani, al di là dei riferimenti religiosi, tanto da riconoscere in ognuna le modalità attraverso cui provvedere alla loro tutela<sup>3</sup>.

Con ciò, l'obiettivo non è quello di sradicare un sistema di valori ben preciso, quanto quello di puntare su quei principi che anche nella cultura di riferimento aprono ad una uguaglianza sostanziale tra i singoli, e nello specifico al pari trattamento tra uomo e donna. Questi principi, come visto, possono essere intesi come un corollario della lettura etica del Corano a cui gli ordinamenti dell'area richiamano formalmente, e su cui le giurisprudenze più attente, come quella egiziana, riferiscono nella sostanza, tale da accogliere un processo di interpretazione "innovativo" della Costituzione e della stessa legge di Dio, e caratterizzare una nuova fase costituzionale più "consapevole" che, proprio per il livello di maturità raggiunto, può spingere verso quella transizione compiuta che da più parti è ormai auspicata.

In questo, un ruolo fondamentale è svolto dalle teorie più liberali che richiamano alla reinterpretazione della dottrina islamica, alle quali si è riferito nei capitoli del lavoro<sup>4</sup>, le cui tesi possono divenire un interlocutore privilegiato nel tentativo di adattare le fonti islamiche alle esigenze odierne, tale da raggiungere lo scardinamento della tradizione classica, e la lettura storicizzata della stessa, ed avallare nuove teorie del diritto che inglobino anche quelle materie care al costituzionalismo.

Spesso l'islam è percepito come una fede che ostacola la protezione e lo sviluppo degli Stati che allo stesso si richiamano. Ma, se applicato nel modo appropriato, può provvedere ad una giustificazione giuridica che legittimi la promozione dei diritti ed al contempo la modernizzazione degli ordinamenti nel loro insieme.

Nel far questo, però, deve essere abbandonata la lettura tradizionalista ed abbracciate quelle posizioni che offrono una visione innovata del sistema giuridico, e che mirano ad accogliere i principi della tutela dei diritti in quanto compatibili con il modello costituzionale. Così, il richiamo a teorie come quella del giusnaturalismo giuridico

---

<sup>3</sup> Come visto soprattutto nell'ambito del terzo capitolo, la "morale" islamica rimanda ad un'eguaglianza etica tra i soggetti, tanto da riconoscerne il concetto di universalità e di "dignità" dei singoli, seppur nell'ambito della rivelazione divina. In questo senso, il richiamo a questi valori "ultimi" della legislazione classica può accorrere al fine di superare le letture restrittive su cui sono state costruite le tesi successive, le quali influenzate dalle circostanze storiche hanno messo a tacere quel fondamentale richiamo ad un'etica universale ancora oggi attuale.

<sup>4</sup> Tra queste, le tesi degli universalisti in materia di diritti o dei liberali in materia di applicazione della *shari'a*, tra i quali sono individuabili voci che richiamano all'impostazione laica del diritto, e quindi alla necessaria separazione tra Stato e religione anche nel contesto islamico.

## CONCLUSIONI

islamico, può accorrere in aiuto al fine di ampliare il ventaglio delle dottrine che incidono sulla dottrina del diritto.

D'altronde, si può sostenere come religione, laicità e diritti siano tra loro interdipendenti, per cui la tensione che esiste tra gli stessi può essere superata ricercando una sinergia produttiva di interessi giuridici capaci di proteggere tali elementi, attraverso una loro rimodulazione, l'uno in favore dell'altro<sup>5</sup>. Il principio di laicità così come la tutela dei diritti, infatti, non sono avulsi dalla religione, ma strettamente correlati, perché se il primo richiama ad una particolare organizzazione delle istituzioni, la religione può offrire un paradigma "morale" capace di unire la stessa comunità anche laddove vi siano differenze di natura politica e sociale, presentandosi quale collante per lo stesso ordinamento. Anche la teoria giuridica utilizza la religione quale forza necessaria a sottolineare la presenza di un qualcosa che va al di là dei confini statali, quale sorta di "religione dei diritti" che evita che la stessa politica possa trascinarsi in un qualcosa di a-morale, come avvenuto con i grandi regimi totalitari del ventesimo secolo.

È errato, infatti, come ricorda Spadaro, ritenere che uno Stato proprio perché laico non abbia valori fondanti<sup>6</sup>, dacché non esiste un solo modo di approcciarsi alla teoria giuridica dei diritti. Ci sono "troppi tipi di laicità per immaginare che esistano valori specifici di una forma di Stato laica", così come vi possono essere Stati laici-democratici ma anche Stati laici-non democratici.

In sintesi, non bisogna far coincidere la laicità con la sola separazione tra Stato e religione, ma considerarla quale presupposto implicito per garantire le posizioni di tutti, nel senso di "imparzialità" dello Stato, che è così in grado di garantire la tutela fondamentale dei diritti, individuali e dei gruppi. La libertà di coscienza, e quindi la libertà di pensiero, diventano lo spartiacque per identificare la laicità/democraticità, il che non implica né l'ateismo assoluto, come per esempio il modello della Francia, né il culto di una sola religione, come di fatto in molti ordinamenti islamici. Questo

---

<sup>5</sup> Sul punto, vedi A.A. AN-NA'IM, *The interdependence of religion, secularism and human rights. Prospect for Islamic societies*, in *Common Knowledge*, vol. 11, n. 1, 2005, in [http://people.law.emory.edu/~abduh46/pdfiles/may05\\_2.pdf](http://people.law.emory.edu/~abduh46/pdfiles/may05_2.pdf)

<sup>6</sup> Cfr. A. SPADARO, *I valori dello stato "laico" (..o costituzionale?)*, in *Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, 2011, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Secondo Spadaro, per comprendere lo Stato laico bisogna farlo coincidere con la nozione di Stato costituzionale, in cui la laicità coincide con l'etica pubblica e la Costituzione è una "meta- etica laica", tale da porsi al di sopra di ogni altro valore e costituire il baluardo a cui le varie altre etiche minori devono ispirarsi. Laicità, quindi, che non è semplicemente separazione tra Stato e religione, tra sacro e profano.

## CONCLUSIONI

ad indicare come anche forme di organizzazione statale considerate formalmente confessionali possono rientrare nella categoria di Stato democratico, a condizione che sia rispettata la libertà di religione e di manifestazione del pensiero quale preconditione per la tutela delle posizioni della maggioranza e delle minoranze, e quindi dei gruppi, come le donne<sup>7</sup>.

Per dirla con le parole di Guichon<sup>8</sup>, l'islam non deve necessariamente compromettere la propria cultura al fine di aderire al progetto sui diritti, in quanto sono rintracciabili degli elementi positivi anche nella dottrina islamica, ma rimane la necessità di valutare la natura del diritto nell'islam, considerando il suo contenuto culturale, ma anche e soprattutto religioso, in quanto la questione della definizione giuridica del diritto non può essere decontestualizzata dal quadro di riferimento. Riprendendo Rawls<sup>9</sup>, ciò che manca è una ragione pubblica basata sulla coscienza della necessaria tutela dei diritti, attraverso la quale è possibile determinare lo spazio di incontro tra le diverse posizioni tale da dare libero sfogo al pluralismo dei valori di cui le plurime culture sono portatrici, e che implica che non si debba far riferimento a dottrine culturali o religiose particolari, ma ad uno nucleo di verità condivise, e che solo un approccio "laico", inteso come neutrale ed imparziale, può garantire.

È necessario, in altre parole, auspicare la capacità giuridica di transitare verso un costituzionalismo compiuto, seppur nelle specificità che li caratterizzano, partendo

---

<sup>7</sup> Il confessionarismo, invero, è formalmente presente anche in alcuni ordinamenti occidentali, tra cui quello irlandese, il cui Preambolo della Carta Costituzionale apre con la dicitura "Nel nome della Santissima Trinità", proseguendo poi con espressioni quali "il nostro Divino Signore Gesù Cristo". I riferimenti al fattore religioso continuano, altresì, in quelle disposizioni che stabiliscono che il Capo dello Stato giuri "in nome di Dio onnipotente" (art. 12 comma 8), ed in quelle che sanciscono il riferimento al "pubblico culto a Dio onnipotente" (art. 44 comma 1). La Chiesa è riconosciuta quale "Chiesa di Stato" anche in Gran Bretagna, così come si dichiarano confessionali i paesi scandinavi (l'articolo 2 della Costituzione della Svezia, per esempio, prescrive che il Re deve professare la dottrina evangelica adottata e spiegata dalla Confessione di Augsburg, e l'articolo 2 della Costituzione della Norvegia stabilisce che il Re deve professare la religione evangelico-luterana, ovvero della religione ufficiale dello Stato). Sono esempi, infine, anche i molti sistemi giuridici, tra cui l'Italia, che hanno avviato un sistema concordatario con le confessioni religiose. In tutti questi ordinamenti, però, il regime confessionale è temperato con un regime di tutela del pluralismo, della libertà di religione e del principio di uguaglianza, per cui la religione della maggioranza non è tale da limitare le situazioni soggettive delle minoranze e dei gruppi. Per approfondimenti sul rapporto tra Stato e fenomeno religioso negli ordinamenti giuridici contemporanei, cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA F., *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al sistema ecclesiastico comparato*, Bologna, 1997

<sup>8</sup> Cfr. A. GUICHON, *Some Arguments on the universality of Human Rights in Islam*, in J. REHMAN, S.C. BREAU (edited by), *Religion, Human Rights and international law*, Leiden- Boston, 2009 pagg. 167-194

<sup>9</sup> Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo politico*, traduzione a cura di G. RIGAMONTI, Torino, 1999

## CONCLUSIONI

dal rafforzamento delle istituzioni giuridiche “secolari” e dai soggetti istituzionali attivi presenti. Si è visto come il costituzionalismo, e con esso la questione dei diritti dei singoli e nello specifico della donna, sono messi alla prova dalle culture giuridiche locali, per cui l'accettazione delle specificità endogene, da una parte, e dei principi universali a cui la dottrina costituzionale tende, dall'altra, possono avallare un possibile incontro<sup>10</sup>.

Ecco perché, alla luce di tali considerazioni, si sostiene che il nodo cruciale attorno a cui ruota la sfida di tali sistemi è legato al rafforzamento di due strumenti che possono garantire il rafforzamento del modello costituzionale e della tutela dei diritti nel contesto islamico, ossia delle Assemblee Nazionali e del controllo giurisdizionale delle leggi, istituzioni importati dal modello occidentale, ma che le esperienze contemporanee, come Egitto e Turchia, dimostrano essere ormai “attivi” negli ordinamenti qui delineati. D'altronde, si tratta dei due elementi principali per assicurare una gestione della cosa pubblica secondo un modello democratico, esemplificando sia la struttura della separazione dei poteri che la giurisdizionalizzazione dei diritti, secondo le radici del modello di Stato costituzionale per come evolutesi sul suolo europeo.

*In primis*, la prospettiva di un costituzionalismo islamico è strettamente connessa con lo sviluppo di un organo parlamentare in senso democratico. Questo perché il Parlamento è, nel modello democratico-costituzionale, l'organo che consente di assicurare una responsabilità ai detentori del potere, secondo la logica del *check and balances* ed, al contempo, la tutela delle minoranze e la rappresentanza di tutte le posizioni esistenti; ciò permette di superare un situazione in cui la maggioranza delle *majlis* o Assemblee dell'area arabo-islamica detiene il monopolio del processo legislativo, ma in cui il Capo dello Stato e l'esecutivo sono detentori di un potere autocratico, tanto da svuotare il Parlamento dalle prerogative concessegli dalla Carta Costituzionale<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> In tal senso, nel caso islamico, la teoria del gradualismo giuridico alla base della tecnica giurisprudenziale, può essere una soluzione per adattare la cultura giuridica islamica al tempo ed allo spazio in cui va ad applicarsi, ed aprirsi alle esigenze della contemporaneità abbandonando quella chiusura imposta ormai da secoli.

<sup>11</sup> L'esperienza egiziana è, in tal caso, emblema di un autoritarismo che ha prodotto un Parlamento attestatosi quale una “scatola vuota” della democrazia importata. Fin dalla Costituzione del 1923, al controllo formale dell'Assemblea è seguito uno svuotamento delle prerogative dell'organo rappresentativo stante l'accentramento dell'autorità decisionale nelle mani del re, prima, e del

## CONCLUSIONI

L'affermazione dell'attività del Parlamento rappresenta, dunque, una delle vie principali per l'attuazione del costituzionalismo, e la stagione "rivoluzionaria" attuale che caratterizza gli ordinamenti dell'area, la cosiddetta "primavera araba", può rappresentare una spinta verso il rafforzamento delle prerogative costituzionali "laiche", ed in particolare della democraticità dei sistemi giuridici qua importati, al fine di avanzare nel processo di costituzionalizzazione ancora sostanzialmente limitato da una "finta" volontà democratica.

Ciò vale sicuramente per l'Egitto, in cui l'odierna situazione di transizione lascia aperta la strada ad un nuovo e futuro costituzionalismo. La Costituzione provvisoria non ha, invero, abbandonato le caratteristiche "islamiche" ma ha previsto delle limitazioni alle prerogative del Presidente dello Stato a partire dal numero degli incarichi ammissibili, tanto da mettere in dubbio il sistema autocratico che ha retto questa forma di governo fino all'attualità storica e politica. Resta da valutare il documento finale che sarà prodotto al termine dell'iter costituzionale ed il ruolo attribuito al potere legislativo, che proprio per la sua importanza è quello che più di ogni altro può trainare il costituzionalismo verso un modello democratico.

Il controllo di costituzionalità delle leggi è, in secondo luogo, lo strumento atto a garantire una effettiva giustizia costituzionale. Lo stesso è ormai previsto in quasi tutte le Costituzioni dell'area, seppur ancora troppo vincolato a quelle dinamiche del potere interne a cui si è appena fatto riferimento.

Il problema del modello di giustizia costituzionale arabo-islamico è, difatti, anche in tal caso determinato dal predominio e dall'autocrazia del potere esecutivo. Spesso è lo stesso Capo dello Stato ad eleggere il collegio giudicante, il che crea non pochi problemi sotto il versante dell'autonomia e dell'indipendenza dell'organo, che in tale veste si trova a dover avallare le scelte politiche dell'esecutivo stesso. L'indipendenza delle Corti è la via necessaria per rendere le Corti arabe meno "democratiche", in quanto meno partecipate, e quindi più distanziate, dal potere politico, divenendo il presupposto per garantire un controllo costituzionale delle leggi, inteso sia quale forma di controllo e limitazione del potere, che quale forma di

---

Presidente della Repubblica, dopo. Il sistema repubblicano ha, difatti, rafforzato le prerogative presidenziali, rendendo il Parlamento ancora più "serviente" di fronte al potere esecutivo. Questa prassi politica è stata rafforzata, altresì, da ideologie politiche "accentratrici" laiche, come il socialismo, di cui si è già detto, ma direi soprattutto, dalla cultura e dall'ideologia politica islamica e dal rimando a figure quali quelle del "Califfo", vero detentore di un potere decisionale assoluto.

## CONCLUSIONI

tutela e di protezione dei *bill of rights* che la maggioranza delle Carte formalmente hanno accolto. Questo affinché la dimensione sostanziale dell'uguaglianza possa permeare il trattamento dei gruppi e delle minoranze, per cui l'appartenenza religiosa o il sesso non rappresentino una deroga alle leggi generali, in quanto solo così maggioranza e minoranze, uomini e donne, possono godere della medesima tutela giuridica. Dal principio di dignità umana devono discendere, invero, tutte le tutele necessarie ed i diritti di partecipazione che consentono di sviluppare l'identità personale, in quanto la sola previsione di una uguaglianza in senso meramente formale non è sufficiente, poiché alla stessa deve sempre conseguire un impegno sostanziale per la sua tutela. Tale passaggio necessita sempre il riconoscimento della realtà di riferimento e delle condizioni di svantaggio che la stessa contempera. Il diritto è espressione della volontà della maggioranza, ed in questo senso bisogna ricordare come il contesto islamico riferisca all'insieme delle norme che riconoscono la specificità del proprio ordinamento nella rivelazione divina.

È del tutto evidente, dunque, che la formula originaria del modello costituzionale necessita dei temperamenti nella sua forma pura, per cui la sua applicazione richiede un mutamento delle sue stesse prerogative e della conseguente lettura dei diritti, alla luce delle specificità delle condizioni in cui lo stesso deve trovare attuazione.

In tal senso, è indubbio che l'approfondimento sull'Egitto e la Turchia ha permesso di valutare come i due approcci differenti alla questione, laica o confessionale, sono simboli di come diversi siano i modi per giungere a futuri standard di tutela, seppur la strada verso un costituzionalismo maturo sia ancora lunga e soprattutto legata ad una coscienza giuridica ancora assente in questi sistemi.

Di là dei due casi specifici, simboli dunque del pluralismo oggi esistente non soltanto nelle posizioni ma anche nelle soluzioni, qui si sostiene che i Parlamenti e le Corti rappresentano quelle istituzioni che possono innescare un processo che conduca alla instaurazione di un ordine democratico e costituzionale, che seppur ispirato a modelli esterni, può condurre ad una maggiore consapevolezza "autoctona" della necessità della transizione stessa.

Le stesse riforme avviate in tal senso evidenziano una volontà di apertura al costituzionalismo propriamente detto, che rispetti l'equilibrio tra le istituzioni, quale

## CONCLUSIONI

primo obiettivo per avviare la fase di tutela sostanziale degli interessi dei singoli e della comunità. Questa transizione materiale deve essere, però, accompagnata da una transizione culturale, che sia capace di riconoscere alla *shari'a* un ruolo di riferimento morale del sistema, ma non di norma giuridica positiva.

Ciò trova applicazione nell'Egitto "confessionale", e nella sua attuale fase di transizione, ma anche in ordinamenti come la Turchia, in cui formalmente il processo di laicizzazione è stato concluso, tanto da dotarsi di Parlamenti e di Corti sul modello occidentale, ma in cui gli obblighi culturali imposti dalla normativa tradizionale sono ancora molto sentiti. Da qui la necessità di rifarsi a quelle forze moderniste, tra cui quelle che richiamano alla reinterpretazione delle fonti ed alla laicizzazione del sistema, quale via per far convergere il costituzionalismo islamico, con le necessità di democrazia e di rispetto dei diritti.

Concludendo, la questione del rapporto tra costituzionalismo/diritti/diritti dei singoli ed islam può pervenire ad una sostanziale applicazione dei primi da parte del secondo se si accoglie una teoria giuridica "relativamente laica", in cui laicità si traduce con neutralità, ed in cui è possibile implementare una separazione tra Stato e religione seppur senza abdicare alle peculiarità del sistema giuridico ed al suo richiamo ad una morale alta di fonte religiosa, come nel caso della soluzione concordataria di cui alcuni ordinamenti europei si sono dotati.

Ciò è possibile solo se lo spazio giuridico islamico è disposto ad avviare una fase di autocritica che riguardi i pilastri giuridici su cui lo stesso si è costruito e rinunciare a posizioni manichee, contrarie all'avanzamento giuridico dei componenti della sua comunità tutta. È chiaro che si tratta di una transizione fattuale lenta, ma la richiesta di democratizzazione e di tutela effettiva dei diritti che oggi origina dalla comunità civile, che spinge verso la tutela delle posizioni e quindi verso una laicità che traduce la neutralità di cui sopra, può trasformarsi in una importante spinta nel processo di modernizzazione giuridica, che avviato dagli ultimi decenni del diciottesimo secolo, non ha ancora trovato soluzione.

Da ciò ne discende l'obbligo di riconsiderare la *shari'a* alla luce delle attuali condizioni ed, al contempo, di provvedere ad avviare ed a rafforzare la fase di secolarizzazione delle istituzioni, in modo da abrogare quelle norme che limitano importanti libertà, come la libertà di espressione e di opinione, il diritto di

## CONCLUSIONI

partecipazione ed il diritto al giusto processo, così come l'accesso al mercato del lavoro ed al sistema educativo, ossia di tutte quelle situazioni giuridiche che sono vincolate dal richiamo alla disciplina ed alla cultura sharaitica *tout court*.

In ciò consta l'apertura ad un principio costituzionale di "laicità relativo", un principio che riconosce la necessità di separare la sfera pubblica da quella religiosa senza rifiutare la cultura di provenienza, e di rispondere alla pluralità delle istanze provenienti dalla comunità sociale secondo un modello di tutela sostanziale capace di unire gli interessi della comunità con quelli dei singoli.

La ricerca della possibile convergenza deve, in ogni modo, tenere conto dell'ambito di riferimento al quale vanno aggiunte le odierne legislazioni, le quali nel tentativo di accogliere il modello di Stato laico hanno tralasciato la materia familiare e con essa la definizione della donna alla tradizione giuridica ed alle interpretazioni storiche date dalla stessa, ed anche laddove alcune riforme sono state adottate, la sostanza della materia è rimasta invariata. Al contempo, il richiamo a prassi giurisprudenziali, come quella della Suprema Corte Costituzionale egiziana, permette di avallare una nuova teoria del diritto, tantoché seguendo la strada intrapresa dalla Corte è ravvisabile una prospettiva di riforma capace di superare le classiche tecniche giurisprudenziali di "ispirazione islamica", ed aprire ad una nuova stagione per le legislazioni nazionali.

La costante ricerca di un equilibrio tra la differenza e l'universalità delle posizioni costituisce, di tal guisa, il fondamento giuridico per garantire il dialogo tra sistemi e, quindi, la possibilità di superare le situazioni di discriminazione reale che pongono ancora oggi determinate categorie in una posizione di sostanziale svantaggio giuridico, aprendo le porte ad un auspicabile costituzionalismo da considerare sostanzialmente compiuto.

## BIBLIOGRAFIA

1. ABAGNARA V., *Il matrimonio nell'Islam*, Napoli, 1996
2. ABOU EL-FADL K., *Speaking in God's name: Islamic Law, Authority and women*, Oxford, 2001
3. ACAR H.I., *Islam, Woman and Politics*, in *The Islamic Quarterly*, 2010, vol. 54, n. 2, pagg. 123-140
4. ADAL E., *Fundamentals of Turkish private Law*, Istanbul, 2005
5. ADANALI A. H., *The presidency of religious affairs and the principle of secularism in Turkey*, in *The Muslim World*, 2008, vol. 98, n.2-3, pagg. 228-243
6. AFARI J., *The Human rights of Middle Eastern and Muslim Women: a project for the 21<sup>st</sup> century*, in *Human Rights quarterly*, 2004, vol. 26 n.1, pagg. 106-125
7. AFIFI M., *Reflections on the personal law of Egyptian Copts*, in SONBOL A.E.A., *Women, the family and divorce law in Islamic history*, New York, 1996, pagg. 202-218
8. AFSHARI R., *An essay on Islamic relativism in the discourse of human rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1994, vol. 16, n.1
9. AHMED L., *Early Islam and the Position of Women: the problem of Interpretation*, in N. KEDDI, BARON B., *Women in Middle East History*, New Haven, 1991, pagg. 58-73
10. AHMED L., *Oltre il velo. La donna nell'Islam da Maometto agli ayatollah*, Firenze, 1995
11. AJIJOLA A.A.D., *Introduction to Islamic Law*, New Delhi, 2005
12. AL-AZAMI M.M., *On Schacht's origin of Muhammad Jurisprudence*, Oxford, 1996
13. AL-BISHRI T., *Shari'a. invasione coloniale e modernizzazione del diritto nella società islamica*, in AA. VV. (a cura di P. COSTA, D. ZOLO), *Lo stato di diritto: Storia, teoria, critica*, Milano, 2002
14. AL-HADDĀD, *Il permanente ed il transitorio nei precetti coranici*, in PACINI A. (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995

## BIBLIOGRAFIA

15. AL-NAYFAR, *La shari'a e la legge umana: ripresa tradizionale o rinnovamento della vita islamica?* In PACINI A. (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995
16. AL-QARADAWI Y., *Non Muslims in the Islamic society*, Indianapolis, 1985
17. AL-SHARMANI M., *Egyptian Family Courts: a pathway of women's empowerment?*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, 2009, vol. 7 n.2 , pagg. 89-110
18. ALAM A., *Islam and post-modernism: locating the rise of islamism in Turkey*, in *Journal of Islamic Studies*, vol. 10, n. 3, 2009, pagg. 352-375
19. ALDEEB ABU-SAHLIEH S.A., *Les musulmans face aux Droits de l'homme*, Bochum, 1994
20. ALDEEB ABU-SAHLIED A., *Il diritto di famiglia nel mondo arabo. Tradizione e sfide*, in AA.VV., *I musulmani nella società europea*, Torino, 1994
21. ALGOSTINO A., *I diritti fra rispetto delle culture e imposizione di un modello: la via dell'universalismo situato*, in ORRÙ R., SCIANNELLA L.G. (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004
22. ALGOSTINO A., *Sull'ambigua universalità dei diritti umani ovvero dei diritti della persona umana tra colonizzazione occidentale e sovranità degli Stati*, in *Nomos, le attualità del diritto*, 2001, n. 3, pagg. 29-57
23. ALI S. S., *Gender and human rights in Islam and International law: equal before Allah, unequal before man?*, The Hague-London-Boston, 2000
24. ALI S.S., *Women's Human Rights in Islam: Towards a theoretical frame work*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 3, 1996, pagg. 117-152
25. ALLIEVI S. (a cura di), *L'Occidente di fronte all'Islam*, Milano, 1996
26. ALPA G., *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996
27. ALUFFI BECK-PECCOZ R. *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano, 1990
28. ALUFFI BECK-PECCOZ R., *Cittadinanza e appartenenza religiosa nel diritto internazionale privato. Il caso dei Paesi Arabi*, in *Teoria Politica*, 1993, vol. 9, n. 3, pagg. 98 e ss.
29. ALUFFI BECK-PECCOZ R., *Le leggi del diritto di famiglia degli stati arabi del nord Africa*, Torino, 1997

30. ALUFFI BECK-PECCOZ R., *Islam: unità e pluralità*, in FERRARI S., (a cura di) *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, 2000, pagg. 53-66
31. ALUFFI BECK-PECCOZ R., *Islam e società in Egitto. Il matrimonio 'Urfi*, in *DAIMON*, vol. 2, 2002, pagg. 179-192
32. ALUFFI BECK-PECCOZ R., *Diritti umani e codificazione del diritto di famiglia islamico*, in ALUFFI BECK-PECCOZ R. (a cura di), *Persone famiglie diritti. Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Torino, 2006
33. AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997
34. AMĪM A. A., *Avere il senso della storia: osservazioni sulla pretesa di applicare la legge islamica*, in PACINI A. (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995
35. AN-NA'IM A. A., *Religious minorities under Islamic Law and the limits of cultural relativism*, in *Human Rights Quarterly*, 1987,1, pagg.1-18
36. AN-NA'IM A.A., *Islamic family law in a changing world. A global resource book*, London, 1988
37. AN-NA'IM A. A., *Human rights in the Muslim world: socio-political conditions and scriptural imperatives*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 3, 1990, pagg. 13-52
38. AN-NA'IM A.A., *Toward a trans-cultural approach to defining international standards of human rights*, in AN-NA'IM A.A (ed.by), *Human rights in trans-cultural perspective. A quest for consensus*, Philadelphia, 1992
39. AN-NA'IM A. A., *Towards an Islamic reformation. Civil liberties, human rights and international law*, New York, 1996
40. AN-NA'IM A. A., *Il conflitto tra la Shari'a e i moderni diritti dell'uomo: proposta per una riforma dell'islam*, in A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998
41. AN-NA'IM A.A., *Shari'a and positive legislation: is an Islamic state possible or viable?*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 5, 1998-1999, pagg. 29-41
42. AN-NA'IM A.A., *Human rights in the Arab World: a regional perspective*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n. 3, 2001, pagg. 701-732

43. AN-NA'IM A. A., *The interdependence of religion, secularism and human rights. Prospect for Islamic societies*, in *Common Knowledge*, vol. 11, n. 1, 2005
44. AN-NA'IM A.A., *The compatibility dialectic: mediating the legitimate coexistence of the Islamic law and the state law*, in *The modern Law Review*, 2010, vol. 73 n. 1, pagg.1-29
45. ANGIOI S., *La tutela dei diritti della donna nel mondo islamico*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1, 1998, pagg. 23-32
46. ANGIOI S., *Diritti umani e principio di condizionalità nel sistema delle relazioni euro-mediterranee: quali sviluppi da Barcellona ad oggi?*, in ALUFFI BECK-PECCOZ R. (a cura di), *Persone famiglie diritti. Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Torino, 2006
47. ANSAY T., *Introduction to Turkish law*, Norwell, 1987
48. ANSELMO D., *Shari'a e diritti umani*, Torino, 2007
49. AOUIJ-MRAD A., *Le système juridique des pays arabes: aspects politiques et constitutionnelles*, Bologna, 2002
50. ARABI O., *Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence*, The Hague-London, 2001
51. ARABI O., *The dawning of the third millennium on Shari'a: Egypt's Law n. 1 of 2000, or women may divorce at will*, in PICKEN G.N.(ed. by), *Islamic Law*, London-New York, 2011
52. ARAT Y., *Rethinking Islam and liberal democracy. Islamist women in Turkish politics*, New York, 2005
53. ARAT Y., *Women's rights and Islam in Turkish politics: the civil code amendment*, in *The middle East Journal*, 2010, vol. 64, n. 2
54. ARGÖNÜL S., *Reciprocity. Greek and Turkish minorities. Law, religion and politics*, Istanbul, 2008
55. ARJOMAND S.A., *Religious Human rights and the principle of legal plularism in the Middle East*, in VANDER VYVER J.D., WITTE J.jr, *Religious Human Rights in global perspective*, The Hague-Boston, London, 1996, pagg. 331-333
56. ASHA G., *Mariage, polygamie et réputation en Islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, Paris, 1997

57. AYUBI N.N., *Politica y sociedad en Oriente Proximo. La hipertrofia del estado arabe*, Barcelona, 1998
58. AYUBI N.N., *Islamic State*, in ESPOSITO J.L., *The Oxford Encyclopedia of the Muslim Islamic World*, vol. 2, New York, 1995, pagg. 318-325
59. AZZAM H.T., ABU NASR J., LORFING I., *An overview on Arab Women in population, Employment and economic development*, in AZZAM H.T., ABU NASR J., KHOURY N.F. (ed. by), *Women, Employment and development in the Arab World*, Berlino, 1985
60. BACCELLI L., *Diritti fondamentali: i rischi dell'universalismo*, in MAZZARESE T. (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2003
61. BADERIN M.A., *The role of Islam in Human right and the development in Muslim States*, in REHMAN J. BREAU S.C. (ed. by), *Religion, Human Rights and international law*, Leiden-Boston, 2007
62. BADRAN M., *Comparing agenda: Feminist, Islam and the State in nineteenth and twentieth century Egypt*, in KANDIYOTI D. (ed. by), *Woman, Islam and the State*, Philadelphia, 1991
63. BADRAN M., *Between secular and Islamic feminism. Reflections on the Middle East and Beyond*, in *Journal of Middle East Women's Studies*, 2005, vol. 1, n. 1, pagg. 6-28
64. BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in AA. VV. (a cura di P. COSTA, D. ZOLO), *Lo stato di diritto: Storia, teoria, critica*, Milano, 2002
65. BALDASSARRE V. A., *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, vol. I, pagg. 64 e ss.
66. BÄLZ K., *Shari'a and Kanun in Egyptian Law: a system theory approach to legal pluralism*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, 1995, pagg. 37-53
67. BARBIER M., *La laïcité*, Paris, 1995
68. BARBERA A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, 1977
69. BAŞKAN B., *Why did Latife cover her hair*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, 2009, vol. 7 n.2 , pagg. 144-163
70. BAUSANI A., *Il Corano*, Milano, 2001
71. BECK L., KEDDIE N. (ed. by), *Women in the Muslim World*, London, 1978

## BIBLIOGRAFIA

72. BEDOUELLE G., COSTA J. P., *Le laïcité à la française*, Paris, 1998
73. BELGIORNO DE STEFANO M. G., *La libertà religiosa nelle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1989
74. BELVISI F., *Società multiculturale, diritti, costituzione. Una prospettiva realista*. Bologna, 2000
75. BENHABIB S., *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, 2002, trad. it. a cura di DICUONZO A. R. *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005
76. BENKHEIRA M. H., *Il diritto civile alla conquista del mondo. Ovvero come spiegare le differenze alla riforma del diritto di famiglia nei paesi musulmani?*, in ALUFFI BECK-PECCOZ R. (a cura di), *Persone famiglie diritti. Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Torino, 2006
77. BERKES N., *The development of Secularism in Turkey*, Montreal, 1964
78. BERTOLINI F., *Principio di laicità dello Stato ed attitudine dello stato alla autonoma determinazione di sé*, 2004, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)
79. BIELEFELDT H., *Muslim voice in the Human Rights debate*, in *Human Rights Quarterly*, vol.17, n.4, 1995, pp. 587-617
80. BINNAZ TOPRAK, *Religion and Turkish women*, in NERMIN A.U., *Women in Turkish society*, Leiden, 1981
81. BISCARETTI DI RUFFIA P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le forme di stato e le forme di governo*, Milano, 1984
82. BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1997
83. BOGNETTI G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994
84. BOGNETTI G., *La divisione dei poteri: saggio di diritto comparato*, Milano, 2001
85. BORRMANS M. (1999), *Convergenze e divergenze tra la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e le recenti Dichiarazioni dei diritti dell'uomo nell'Islam*, in *Rivista Internazionale dei diritti dell'uomo*, vol. 12, n. 1, 1999
86. BORRMANS M., *Ipotesi di convergenza sui diritti dell'uomo nel Mediterraneo*, in UNGARI P. e MODICA M. (a cura di), *Per una convergenza mediterranea sui diritti dell'uomo. Orientamenti critici e costruttivi*, Roma, 2000
87. BORRMANS M., *Islam e cristianesimo: le vie del dialogo*, Milano, 1993

88. BOTIVEAU B., *Contemporary reinterpretations of Islamic Law: The case of Egypt*, in MALLAT C. (ed. by), *Islam and Public law. Classical and Contemporary Studies*, London, 1993
89. BOTIVEAU B., *Il diritto dello Stato-nazione e lo status dei non musulmani in Egitto e in Siria*, in PACINI A. (a cura di), *Comunità cristiane nell'Islam arabo. La sfida del futuro*, Torino, 1996
90. BOYLE K., SHERIF A. O. (ed. by), *Human rights and Democracy. The role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London, 1996
91. BOYLE K., *Freedom of religion in International law*, in REHMAN J. BREAU S.C. (ed. by), *Religion, Human Rights and international law*, Leiden-Boston, 2007
92. BREAU S.C., *Human Rights and cultural relativism: the false dichotomy*, in REHMAN J. BREAU S.C. (ed. by), *Religion, Human Rights and international law*, Leiden-Boston, 2007
93. BRITON J. Y., *The Mixed Courts of Egypt*, New Haven 1968
94. BROWN N.J., *The rule of law in the Arab World. Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge, 1997
95. BROWN N.J., *Constitutions in a Nonconstitutional World. Arab basic laws and the prospects for accountable government*, New York, 2002
96. BROWN N.J., *Shari'a and State in the modern Muslim Middle East*, in PICKEN G.N.(ed. by), *Islamic Law*, London-New York, 2011
97. BROWN N.J., SHERIF A. O., *Inscribing the Islamic Shari'a in Arab constitutional law*, in HADDAD Y.Y., STOWASSER B.F. (ed. by), *Islamic Law and the challenges of modernity*, Walnut Creek-Oxford, 2004
98. BROWN N.J., LOMBARDI C.B., *The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: An Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No. 8 of Judicial Year 17 (May18, 1996)*, in *American University International Law Review*, vol. 31, n. 3, 2006
99. BUCK C., *Islam and Minorities: The case of Baha'is*, in *Studies in Contemporary Islam*, 2003, vol. 1, pagg. 83-106
100. BYDOON M., *Reservations on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) based on Islam and its practical*

## BIBLIOGRAFIA

- application in Jordan: Legal perspectives*, in *Arab law Quarterly*, vol. 25, part. 1, 2011, pagg. 51-69
101. CALDERN N., *Shari'a*, in *The Encyclopedie of Islam*, Leiden, 1997
102. CAMPIGLIO C., *Famiglia e diritto islamico. Profili internazionale-privatistici*, in FERRARI S., (a cura di) *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, 2000
103. CAMPANINI M., *Islam e politica*, Bologna, 1999
104. CAMPANINI M., *Il pensiero islamico contemporaneo*, Bologna, 2009
105. CAPCIOĞLU I., *The roles of religion and sex in Turkey: a study on the changing attitudes to male/female relations*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 54, n. 3, 2010, pagg. 213-229
106. CAPOZZI G., *Diritti dell'uomo. Filosofia, dichiarazioni, giurisdizione*, Napoli, 2001
107. CAPUTO G., *Introduzione al diritto islamico*, Torino, 1991
108. CARACCILO DI BRIENZA G., *Diritti umani ed Islam. Tra universalismo ed etnocentrismo*, Torino, 2006
109. CARDIA C., *Stato laico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990
110. CARDIA C., *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato: profili giurisdizionali*, Bologna, 2003
111. CARMIGNANI CARIDI S., *Libertà di abbigliamento e velo islamico*, in FERRARI S., (a cura di) *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, 2000
112. CARRÈ A., *L'islam laico*, Bologna, 1997
113. CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., (a cura di) *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009
114. *Carta Araba dei diritti dell'Uomo*, 1994, in A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998
115. *Carta della Ligue Tunisienne pour la Défense des Droits de l'Homme* (1985), in UNGARI P. e MODICA M. (a cura di), *Per una convergenza mediterranea sui diritti dell'uomo*, Roma, 2000

116. CASTRO F., *Sistema sciaraitico, siyasa shari'yya e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei Paesi del vicino oriente*, in AA.VV., *Il mondo islamico tra interazione e acculturazione*, Roma 1981
117. CASTRO F., *La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei*, in *Rivista di diritto civile*, 1985
118. CASTRO F., *Diritto Musulmano e dei Paesi musulmani*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, 2001
119. CASTRO F., *Il modello islamico*, Torino, 2007
120. CAVANA P., *Interpretazioni della laicità*, Roma, 1998
121. CECCANTI S., *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, Bologna, 2001
122. CECCANTI S., *Diritti e garanzie nei Paesi Arabi*, Perugia, 2002
123. CECCHERINI E., *Diritti individuali v. diritti comunitari*, in ROLLA G. (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000
124. CERRONI M., *Egitto. Approvati alcuni emendamenti alla Costituzione*, in *DPCE on line*, n. 2, 2011, su <http://www.dpce.it/online>
125. CHARFI M., *Les étas musulmans et les droits de l'homme*, in AA. VV., *Boutros Boutros-Ghali amicorum discipolorunque liber: paix, development, democratie*, Bruxelles, 1998
126. CHARFI M., *Religion, droits de l'homme et éducation*, in *Islamochristiana*, 27, 2001, pp. 23-36
127. CHARLIER-DAGRAS M. D., *La laicité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, Paris, 2002
128. CHARRAD M., *States and Women's Rights: The making of post-colonial Tunisia, Algeria and Morocco*, Berkeley, 2001
129. CHAUDHRY M.S., *Non-Muslim minorities in an Islamic State*, Lahore, 1995
130. CHEKIR H., *La modernisation de la Charte arabe des droits de l'Homme*, 2004, in [www.juragentium.unifi.it](http://www.juragentium.unifi.it)
131. CHELI E., *Intorno ai fondamenti dello Stato costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2006
132. CHINKIN C., *Women's human rights and religion: how do they co-exist?*, in REHMAN J, BREAU S., *Religion, human rights and international law*, Leiden, 2007

## BIBLIOGRAFIA

133. CHIURLO C., *Nota sulla "Regola d'Oro" nell'Islam: le regioni di un'assenza*, in VIGNA C. e ZANARDO S. (a cura di), *La regola d'oro come etica universale*, Milano, 2005
134. CHONEIRY Y. M., *Il fondamentalismo islamico. Origini storiche e basi sociali*, ed. ital. a cura di PACE E., Bologna, 1993
135. CILIARDO A., *Teorie sulle origini del diritto islamico*, Roma, 1990
136. CILIARDO A., *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano. Le bozze di intesa tra la Repubblica italiana e le associazioni islamiche italiane*, Napoli, 2002
137. CILIARDO A., *Persistenza della traduzione giuridica islamica*, in BUCCI O. (a cura di), *L'Islam tra tradizione giuridica e realtà sociale. "Il libro, la bilancia e il ferro"*, Napoli, 2006
138. COLAIANNI N., *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006
139. COLOMBO V., *Tahir Haddad un precursore del Codice dello Statuto personale Tunisino*, in COLOMBO C., GOZZI G. (a cura di), *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo*, Bologna, 2004
140. *Conclusioni e Raccomandazioni del Convegno del Kuwait del 1980*, in A. PACINI (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998
141. COOK D., *Storia del jihad. Da Maometto ai giorni nostri*, Torino, 2007
142. CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970
143. COULSON N.J., *A history of Islamic law*, Edinburgh, 1964
144. COULSON N.J., *Conflicts and tension in Islamic Jurisprudence*, Chicago, 1969
145. COTRAN E., YAMANI M. (ed. by), *The rule of law in the Middle East and the Islamic World. Human Rights and the judicial process*, London, 2000
146. CUNO K., *Divorce and the Fate of the Family in Modern Egypt*, in YOUNT K.M., HODA R. (ed. by), *Family in the Middle East: Ideational Change in Egypt, Iran and Tunisia*, London e New York, 2008
147. D'ARIENZO M., *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2002, Vol. 31
148. DALACOURA K., *Islam, liberalism and Human Rights*, London, 1998
149. DALLA TORRE G., *Il fattore religioso nella costituzione*, Torino, 2003
150. D'ASSETTO F., *L'Islam in Europa*, Torino, 1994

## BIBLIOGRAFIA

151. DAVID R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1994
152. DAVISON A., *Secularism and revivalism in Turkey. A hermeneutic reconsideration*, London, 1998
153. DE RUGGIERO G., *Storia del liberalismo europeo*, Milano, 1962
154. DE VERGOTTINI G., *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998
155. DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2004
156. DE WITTE B., *I diritti europei delle minoranze*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007
157. DENNINGER E., *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998
158. DEVEREUX R., *The first Ottoman Constitutional period*, Baltimore, 1963
159. DIENI E. *Matrimoni e ordinamenti religiosi. Introduzione al tema*, in *DAIMON*, vol. 2, 2002, pagg. 3-18
160. DI GIOVINE A., *Democrazia e religione: spunti di sintesi*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)
161. DI MARTINO C., *La convivenza tra culture*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007
162. DI NOLA A. M., *L'Islam. Storia e segreti di una civiltà*, Roma, 1989
163. *Dichiarazione di Vienna sui diritti umani*, adottata dalla Conferenza Mondiale sui diritti umani dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 25 giugno 1993, in <http://www.filodiritto.com/diritto/pubblico/internazionale/confvienna.htm>
164. *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino*, approvata a Parigi il 26 agosto 1789, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/normativa/file/dirUomoCitt.html>
165. *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo*, approvata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, in <http://files.studiperlapace.it/docs/dichuniversale.pdf>
166. *Dichiarazione del Cairo dei diritti dell'uomo nell'islam*, 1990, in A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998

167. *Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'uomo*, 1981 (trad. dal testo arabo originale), in A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998
168. DIEN M.I., *Islamic law. From historical foundations to contemporary practice*, Notre Dame, 2004
169. DÖGRÜ O., *Immunity under the Rule of Law: impediment to the right of Access to the Courts in Turkey*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, 1995, pagg. 73-96
170. DÖGRÜ O., *Immunity under the Rule of Law: impediment to the right of Access to the Courts in Turkey*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, 1995, pagg. 73-96
171. DÖGRÜ O., *Turkey*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, 1995
172. DOI A. R., *Shari'ah. The Islamic law*, London, 1984
173. DOI A.R., *Woman in Shari'ah (Islamic Law)*, London, 1996
174. DONNELLY J., *Cultural relativism and universal Human rights in Human Rights Quarterly*, vol. 6, 1984, pp. 400 e ss.
175. DONOHUE J., ESPOSITO J. L. (ed. by), *Islam in transition. Muslim perspectives*, New York, 2007
176. DUPRET B., *Il governo della legge nei limiti dell'etica islamica. Il caso egiziano* in AA. VV. (a cura di P. COSTA, D. ZOLO), *Lo stato di diritto: Storia, teoria, critica*, Milano, 2002
177. DUPRET B., BERGER M., AL-ZWAINI L. (ed. by), *Legal Pluralism in the Arab World*, The Hague-London, 1999
178. DWORKIN R., *La democrazia possibile*, Milano, 2007
179. EL-ALAMI D., *The marriage contract in Islamic law: in the Shari'a and Personal Laws of Egypt and Morocco*, London, 1992
180. EL-ALAMI D., *Mut'at al-Talaq under Egyptian and Jordanian Law*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 2, 1995, pagg. 54-60
181. EL-ALAMI D., *Remedy or device? The system of Khul' and the effects of its incorporation into Egyptian personal status law*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 6, 1999-2000, pagg. 134-139

182. EL-ALAMI D., *Can the Islamic Device of Khul' provide a remedy for non-Muslim women in Egypt?*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 8, 2001-2002, pagg. 122-124
183. EL-ALAMI E., HINCHLIFFE D., *Islamic marriage and divorce laws of the Arab world*, London, 1996
184. EL-EHWANY H., *La loi applicable au mariage des non-Musulmans en droit égyptien*, in BONTEMS C., *Mariage-mariages*, Paris, 2001
185. EL-EHWANY H., *Le nuove leggi egiziane in materia di statuto personale*, in ALUFFI BECK-PECCOZ R. (a cura di), *Persone famiglie diritti. Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Torino, 2006
186. EL-MORR A.M., EL-RAHMAN NOSSIER A., SHERIF A.O., *The Supreme Constitutional Court and its role in the Egyptian Judicial System*, in BOYLE K., SHERIF A. O. (ed. by), *Human rights and Democracy. The role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London, 1996, pagg. 37-60
187. EL-OMARI R., *Mu'tazilah*, in ESPOSITO J.L., *The Oxford Encyclopedia of the Muslim World*, vol. 4, 2009, pagg. 198-202
188. ELGER R. (a cura di), *Piccolo dizionario dell'islam. storia, cultura, società*, Torino, 2002
189. ELSAFTY M., *Gender Inequalities in The Arab World. Religion, Law, or Culture?*, in <http://www.juragentium.unifi.it/en/surveys/islam/mw/elsafty.htm>
190. ERDEM G., *Religious services in Turkey: from the office of Seyhülislām to the Diyanet*, in *The Muslim World*, vol. 98, n.2-3, 2008, pagg. 199-215
191. ESPOSITO J.L. *Islam. The straight path*. New York-Oxford, 1988
192. ESPOSITO J.L., *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, Vol. 1-4, New York-Oxford, 1995
193. ESPOSITO J.L., *Women in Muslim Family Law*, New York, 2001
194. FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2001
195. FAHAD O., *Some notes on western democracy and Islamic shura: introductory outlines*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 45, n. 1, 2001, pagg.19-38
196. FALZEA P., SPADARO A., VENTURA L. (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003

## BIBLIOGRAFIA

197. FATTAL A., *Le statut légal de non-Musulmans en pays d'islam*, Beyrouth, 1958
198. FELDMAN N., *The fall and rise of the Islamic state*, Princeton-Oxford, 2008
199. FERRAJOLI L., *Quali sono i diritti fondamentali?*, in MAZZARESE T. (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2003
200. FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in ORRÙ R., SCIANNELLA L.G. (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004
201. FERRARI S., (a cura di), *L'Islam in Europa*, Bologna, 1996
202. FERRARI S., *Lo spirito dei diritti religiosi: Ebraismo, Cristianesimo e Islam a confronto*, Bologna, 2002
203. FERRARI S. *Pluralità di sistemi matrimoniali e prospettive di comparazione*, in *DAIMON*, vol. 2, 2002
204. FILORAMO G. *Riflessioni in margine ai meccanismi di ingresso e di uscita da una religione*, in *DAIMON*, Vol. 1, 2001
205. FIORITA N., *L'Islam spiegato ai miei studenti. Otto lezioni su Islam e diritto*, Firenze, 2006
206. FLORIS A., *Islam e diritti umani*, Roma, 2002
207. FRIEDMANN D., BARAK-EREZ D. (ed. by), *Human Rights in Private Law*, Oxford, 2003
208. GABR H.A.L., *Interpretation of article two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court*, in K. BOYLE, A.O. SHERIF (ed. by), *Human rights and Democracy. The role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London, 1996, pagg. 218-227
209. GALLALA I., *The Wife's duty of obedience to her husband under Tunisian Law*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 14, 2008-2009
210. GALLETTI M., *Il ruolo della donna nel Magrheb contemporaneo*, in RAINERO R. H. (a cura di), *L'Italia ed il nordafrica contemporaneo*, Milano, 1988
211. GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino 2000
212. GAMBINO S. (a cura di), *Diritto costituzionale comparato. Le forme di governo*, Cosenza, 2002

## BIBLIOGRAFIA

213. GAMBINO S., *Diritti fondamentali e ordinamenti islamici*, in GAMBINO S., *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milano, 2004
214. GARCIA B. L., SUZOR F. C., *Introducción a los regímenes y constituciones Árabes*, Madrid, 1985
215. GENTILE E., *Le religioni della politica. Fra democrazia e totalitarismi*, Roma – Bari, 2001
216. GENTILE E., *La democrazia di Dio*, Roma-Bari, 2006
217. GERBER H., *State, Society and Law in Islam. Ottoman law in comparative perspective*, New York, 1994
218. GILBERT H., *Redefining Manifestation of Belief in Leyla Sahin v. Turkey*, in *European Human Right Law Review*, n. 3, 2006
219. GIOLO O., *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Torino, 2005
220. GLENN H.P., *Legal traditions of the world*, Oxford, 2007
221. GÖNENÇ L., *The 2001 Amendments to the 1982 Constitution of Turkey*, in *Ankara Law Review*, vol. 1, n. 1, 2004, pagg. 89-109
222. GOZZI G. (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione: i fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997
223. GOZZI G. (a cura di), *Islam e democrazia: il processo di democratizzazione in un paese arabo e i problemi delle democrazie occidentali a confronto*, Bologna, 1998
224. GOZZI G., *Diritti e sovranità dello ius gentium al diritto internazionale contemporaneo*, Bologna, 2003
225. GOZZI G., *Le carte dei diritti nel mondo islamico* in GOZZI G. COLOMBO V. (a cura di), *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del mediterraneo*, Bologna, 2003
226. GREENE M., *Minorities in the Ottoman Empire*, Princeton, 2005
227. GRIFFEL F., *Toleration and exclusion: al-Shāfi'ī and al-Ghazālī on the treatment of apostates*, in *Bulletin of the School of Oriental and African Studies-University of London*, vol. 64, 2001, pagg.339- 354
228. GUADAGNI G., *Diritto dei paesi africani*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, 2001

## BIBLIOGRAFIA

229. GUAZZONE L., *Il dilemma dell'islam. Politica e movimenti islamisti nel mondo arabo contemporaneo*, Milano, 1995
230. GUICHON A., *Some arguments on the universality of human rights in Islam*, in REHMAN J. BREAU S.C. (ed. by), *Religion, Human Rights and international law*, Leiden-Boston, 2007
231. GUOLO R., *L'Islam è compatibile con la democrazia?*, Roma-Bari, 2007
232. GÜVEN K., *General principles of Turkish Law*, Ankara, 1996
233. HÄBERLE P., *Stato costituzionale. I) Principi generali*, voce de *l'Enciclopedia Giuridica*, Roma, 2001
234. HABERMAS J., TAYLOR C., *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998
235. HALLAQ, W. B., *A history of Islamic legal theories: An introduction to Sunni usul al-fiqh*, Cambridge, 1997
236. HALLAQ W.B., *The origin and evolution of Islamic law*, Cambridge, 2005
237. HALLAQ W.B., *What is Shari'a?*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 12, 2005-2006, pagg. 151-180
238. HALLAQ W.B., *Shari'a. Theory, practice, transformations*, Cambridge, 2009
239. HALLAQ W.B., *Juristic Authority vs state power: the legal crisis of modern Islam*, in PICKEN G.N.(ed. by), *Islamic Law*, London-New York, 2011
240. HALPER L., *Disrupted societies, transformative states: politics of law and gender in republican Turkey and Iran*, in *Journal of women of the Middle East and the Islamic World*, vol. 5, n. 1, 2007, pagg. 90-110
241. HARDING A., LEYLAND P., *Comparative law in Constitutional Contexts*, in ÖRÜCÜ E., NELCKEN D., *Comparative law. A Handbook*, Oxford, 2007
242. HASAN A., *Granting khul' for non-muslim couple in Egyptian personal status law: generosity or laxity?*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 18, n. 1, 2003, pagg. 81-89
243. HASHEMI K., *Religious legal traditions, international Human Rights and Muslim States*, Leiden-Boston, 2008
244. HIRSCH E. (a cura di), *Islam et droits de l'homme*, Paris, 1984
245. HOEXTER M., *Qadi, mufti and ruler : their roles in the development of Islamic law*, in SHAHAM R. (ed. by), *Law, Custom and statute in the Muslim world. Studies in honor of Aharon Layish*, Leiden-Boston, 2007

## BIBLIOGRAFIA

246. HOFFMAN L., *The Universality of Human Rights*, in *Law Quarterly Review*, vol. 125, 2009
247. HOLSTI K. J., *Peace and war: Armed Conflicts and International order 1648-1989*, Cambridge, 1991
248. HOOKER M.B., *Legal pluralism*, Oxford, 1975
249. HOURANI A., *L'islam nel pensiero moderno*, Roma, 1991
250. HOURANI A., *Storia dei popoli arabi*, Milano, 1992
251. HOYLE M., *Mixed Courts of Egypt*, London, 1991
252. HUNTINGTON S., *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, trad. it. di MINECCI S., Milano, 2000
253. HUSNI E., NEWMAN D.L., *Muslim women in Law and society*, Abingdon, 2007
254. HUSSAIN AL-AAYED A., *I diritti dei non-musulmani nei Paesi islamici*, Riad, 2004
255. INTROVIGNE M., *Fondamentalismi. I diversi volti dell'intransigenza religiosa*, Milano, 2004
256. INTROVIGNE M., *La Turchia e l'Europa. Religione e politica nell'islam turco*, Milano, 2006
257. ISHAQ K.M., *State and Constitution in Islam*, in *Islamic & Comparative Law Quarterly*, vol. 4 n. 1-2, 1984, pagg. 1-13
258. ISHAQ K.M., *Islam and Law in the Twenty-First Century*, in *Islamic & Comparative Law Quarterly*, vol. 5 n. 3-4, 1985, pagg. 173-225
259. JAYYUSI S.K., *Human rights in Arab world. A reader*, London-New York, 2009
260. JONES-PAULY C., DAJANI TUQAN A., *Women under Islam. Gender, justice and the politics of Islamic law*, London-New York, 2011
261. KAMALI M. H., *Shari'a and civil law: towards a methodology of harmonization*, in *Islamic Law and Society*, vol. 14, n. 3, 2007, pag. 391-420
262. KANDIYOTI D., *End of Empire: Islam and Women in Turkey*, in KANDIYOTI D. (ed. by), *Woman, Islam and the State*, Philadelphia, 1991

## BIBLIOGRAFIA

263. KAREM M., *La question des droits de l'homme au Magreb. Acteurs et espaces d'une revendication*, in MAHIOU A. (a cura di), *L'Etat de droit dans le monde arabe*, Paris, 1997
264. KEPEL G., *La rivincita di Dio. cristiani, ebrei, musulmani alla riconquista del mondo*, Milano, 1991
265. KEPEL G., *Il Profeta e il Faraone. I Fratelli musulmani alle origini del movimento islamista*, Roma-Bari, 2006
266. KHADDURI M., *The Islamic Law of Nations. Shaybānī's Siyar*, Baltimore, 1996
267. KHADER B., *L'Europa e il mondo arabo. Le ragioni del dialogo*, Torino, 1997
268. KHATAMI M., *Religione, libertà e democrazia*, Roma-Bari, 1999
269. KHIR B., *An Islamic Critique and alternative of democracy*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 62, n. 1, 2003, pagg. 73-79
270. KRAMER G., *Dhimmi or citizen? Muslim-Christian relation in Egypt*, in NIELSEN J.S., *The Christian-Muslim frontier. Chaos, clash or dialogue?*, London-New York, 1998
271. KRIVENKO E. Y., *Women, Islam and International law*, Leiden-Boston, 2009
272. JACKSON S.A., *Jihad in the modern world*, in PICKEN G.N.(ed. by), *Islamic Law*, London-New York, 2011
273. KÜRÜ A.T., *Secularism and State policies toward religion. The United States, France and Turkey*, Cambridge, 2009
274. JOHNSTON D.L., *Maqāsid al-shari'a: epistemology and hermeneutics of Muslim theologies of human rights*, in PICKEN G.N.(ed. by), *Islamic Law*, London-New York, 2011
275. LABORDE C., *Velo islamico e stato laico. Un argomento secolarista a favore del divieto di simboli religiosi nella scuole*, in *Politeia*, n. 87, 2007, pagg. 55 e ss.
276. LANCHESTER F., *Gli Studi sul diritto islamico in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002
277. LARGUET L., *Il regime giuridico delle libertà pubbliche in Tunisia*, in G. GOZZI (a cura di), *Islam e democrazia. Il processo di democratizzazione in un paese arabo e i problemi delle democrazie occidentali a confronto*, Bologna, 1998

278. LAOUST H., *Gli scismi nell'Islam*, (Nuova edizione it. a cura di V: COLOMBO), Genova, 2002
279. LEAMAN O., *Ash'ari*, in ESPOSITO J.L., *The Oxford Encyclopedia of the Muslim World*, Oxford, vol. 1, 2009, pagg. 221-223
280. LEWIS B., *The Emergence of Modern Turkey*, London, 1968
281. LEWIS B., *La rinascita islamica*, Bologna, 1991
282. LEWIS B., *L'Europa e l'Islam*, Roma-Bari, 1995
283. LEWIS B., *Gli arabi nella storia*, Roma-Bari, 1998
284. LEWIS V. G., *La Turquie*, Paris, 1968
285. LEWY G., *The Armenian massacres in ottoman Turkey. A disputed genocide*, Salt Lake City, 2005
286. LIJPHART A., *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2001
287. LOMBARDI C.B., *State law as Islamic Law in modern Egypt. The incorporation of the Shari'a into Egyptian Constitutional law*, Leiden, 2006
288. LOMBARDI C.B., *Egypt's Supreme Constitutional Court: Managing Constitutional Conflict in an Authoritarian, inspirationally 'Islamic' State*, in *The Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008, pagg. 234-253
289. LOSANO M. G., *L'ammodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, Milano, 1985
290. LOSANO M. G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000
291. LOUKILI M. *La nuova Mudawwana marocchina: una riforma nella modernità*, in ALUFFI BECK-PECCOZ R. (a cura di), *Persone famiglie diritti. Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Torino, 2006
292. LÜTEM O.E., *The Armenian question. Basic knowledge and documentation*, Ankara, 2009
293. LUTTAZZO R., POCAR F., *Codice di diritto internazionale pubblico*, Torino, 2001
294. MAKINDE 'KOLA A.F., *Women and divorce: the position of the Shari'a*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 54, n. 3, 2010, pagg. 249-260
295. MANCINI R., "Libertà umana ed esperienza religiosa. Una prospettiva cristiana.", in <http://www.centroedoardognelli.it/ie/default.htm>

## BIBLIOGRAFIA

296. MANCINI S., *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2008
297. MANGIAMELI S., *Il costituzionalismo tra tradizione occidentale e tentazioni di egemonia*, in ORRÙ R., SCIANNELLA L.G. (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004
298. MANGIONE G., *Insegnanti musulmane con il velo tra libertà di religione e neutralità*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol.4, 2003
299. MANSOORI M. T., *Family Law in Islam*, Islamabad, 2009
300. MANSUR COSAR F., *Women in Turkish Society*, in BECK L., KEDDIE N. (ed. by), *Women in the Muslim world*, London, 1978
301. MARCHISIO S., *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, 2000
302. MARGIOTTA BROGLIO F., MIRABELLI C., ONIDA F., *Il fenomeno religioso nei sistemi giuridici extra-europei*, Bologna 1997
303. MARSHALL J., *Freedom of Religious Expression and Gender Equality. Sahin vs Turkey*, in *The Modern Law Review*, vol. 69 n. 3, 2006, pagg.452-461
304. MAUDUDI A., *The Islamic Law and constitution*, Lahore, 1967
305. MAUDUDI A., *Human Rights in Islam*, Leicester, 1980
306. MAUDUDI A., *Rights of non Muslims in Islamic State*, Lahore, 1982
307. MAUDUDI A., *Human rights, the West and Islam*, 2006, in <http://www.jamaat.org/islam>
308. MAUGIRON N.B., DUPRET B., *Breaking up the family : divorce in Egyptian law and practice*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, vol.6 n.1, 2006, pagg. 52-74
309. MAUGIRON N.B., *The 2007 Constitutional amendments in Egypt, and their implications on the balance of power*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 22, part. 4, 2008, pagg. 397-417
310. MAYER A. E., *Reform on personal status laws in North Africa: a problem of Islamic or Mediterranean laws?*, in *Middle East Journal*, vol. 49, 1995, pagg. 432-446
311. MAYER A. E., *Islam and Human Rights. Traditions and politics*, Boulder, 2007

312. MCCRUDDEN C. *Judicial comparativism and Human rights*, in ÖRÜCÜ E., NELCKEN D., *Comparative law. A Handbook*, Oxford, 2007
313. MENSKI W., *Comparative law in a global context. The legal systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006
314. MERAD, A. (1998), *Riflessioni sulla Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'uomo*, in PACINI A. (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998
315. MERNISSI F., *Arab women's rights and the Muslim State in the twenty-first century: reflections on Islam as Religion and State*, in AFKHAMİ M., (ed. by), *Faith and freedom. Women's human rights in the Muslim world*, London, 2000
316. MERNISSI F., *Islam e democrazia*, Firenze, 2002
317. MERON Y., *Il "prezzo" della sposa. Aspetti patrimoniali del matrimonio ebraico ed islamico*, in *DAIMON*, vol. 2, 2002, pagg. 61-70
318. MERVIN S., *L'islam. Fondamenti e dottrine*, Milano, 2001
319. MEZZETTI L., *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Torino, 2000
320. MIR-HOSSEINI Z., *The construction of gender in Islamic legal thought and strategies for reform*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic World*, vol. 1, n.1, 2003, pagg. 1-28
321. MIR-HOSSEINI Z., *Verso l'uguaglianza di genere: la donna nel diritto islamico*, in *DAIMON*, n. 9, 2009, pagg. 115-144
322. MIKUNDA-FRANCO E., *Diritto costituzionale comune islamico. Un'indagine comparata sui testi costituzionali di alcuni Stati islamici*, in GOZZI G. COLOMBO V. (a cura di), *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del mediterraneo*, Bologna, 2003
323. MILLOT L. BLANC F.P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 1987
324. MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna 1997
325. MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940
326. MUMISA M., *Islamic law. Theory and interpretation*, Beltsville, 2002

## BIBLIOGRAFIA

327. MUSSELLI L., *Islam ed ordinamenti giuridici europei: momenti di contrasto e momenti di possibile integrazione*, in AA. VV., *La presenza islamica nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni della Scuola di Specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, Napoli, 1996
328. MUTAHHARI M., *The rights of women in Islam*, Teheran, 1981
329. NASIR J.J.A., *The Status of Women Under Islamic Law and under Modern Islamic legislation*, London, 1994
330. NASIR J.J.A., *The Islamic Law of personal status*, Leiden, 2009
331. NASSAR N., *Legal Plurality. Reflection on the status of women in Egypt*, in DUPRET B., BERGER M., AL-ZWAINI L. (ed. by), *Legal Pluralism in the Arab world*, The Hague-London, 1999, pagg. 191-204
332. NERMIN ABADAN-UNAT (ed. by), *Women in Turkish society*, Leiden, 1981
333. NIELSEN J. S., *Muslims, Christians and Loyalties in the Nation-State*, in NIELSEN J. S. (a cura di), *Religion and Citizenship in Europe and the Arab World*, London, 1992
334. NIELSEN J. S., *Muslims in Western Europe*, Edinburgh, 1995
335. NIELSEN J. S., *Contemporary Discussions on Religious Minorities in Islam*, in *Brigham Young University Law Review*, 2002
336. NOCERA L., *La Turchia contemporanea. Dalla Repubblica kemalista al governo dell'AKP*, Roma, 2011
337. NOJA S., *Storia dei popoli dell'islam: l'Islam moderno*, Milano, 1997
338. NURULLAH A.S., *Ijtihād and critic/critical thinking: a new look into Islamic creativity*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 50, n. 2, 2006, pagg. 113-134
339. OESTREICH G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, (a cura di G. GOZZI), Roma-Bari, 2001
340. OLIVIERO M., *Brevi note sul sistema costituzionale marocchino*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1, 1994
341. OLIVIERO M., *La ricezione del modello semipresidenziale nei paesi arabi*, in PEGORARO L., A. RINELLA (a cura di), *Semipresidenzialismi*, Padova, 1997
342. OLIVIERO M., *I cicli costituzionali nel mondo arabo*, Perugia, 2002
343. OLIVIERO M., *Il costituzionalismo arabo. Le costituzioni del Maghreb*, Milano, 2003

344. OLIVIERO M., *Islam e democrazia*, in DI GIOVINE A., SICARI S., *Democrazie imperfette*, Torino, 2005
345. OLIVIERO M., *I Paesi del mondo islamico*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., (a cura di) *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009
346. ORRÙ R., SCIANNELLA L. G. (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004
347. ÖRÜCÜ E., *The Constitutional Court of Turkey: The Anayasa Mahkemesi as the Protector of the system*, in *The Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 2, 2008
348. ÖRÜCÜ E., NELCKEN D., *Comparative law. A Handbook*, Oxford, 2007
349. OWOYEMI M. Y., *The compatibility or incompatibility of Islam with modernity: Muslim responses and the way forward*, in *The Islamic Quarterly*, London, vol. 53, n.2, 2009, pagg. 119-134
350. ÖZBUDUN E., *Constitutional law*, in T. ANSAY, *Introduction to Turkish law*, Norwell, 1987
351. ÖZDALGA E., *The veiling issue, official secularism and popular Islam in Modern Turkey*, Richmond, 1998
352. ÖZDEMİR S. O., *Dal matrimonio religioso al matrimonio statale in Turchia*, in *DAIMON*, vol.2, 2002, pagg. 163-178
353. PACE A., *Il costituzionalismo: modelli (se del caso) imitabili, ma non da esportare*, in ORRÙ R., SCIANNELLA L.G. (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004
354. PICCINELLI G.M., *Per un diritto mediterraneo tra tradizione giuridica cristiana e tradizione giuridica islamica*, in BUCCI O. (a cura di), *L'Islam tra tradizione giuridica e realtà sociale. "Il libro, la bilancia e il ferro"*, Napoli, 2006
355. POGGESCHI G. *Il velo islamico in Francia: un problema di una società multiculturale*, in *Quad. Cost.*, 1995
356. PACINI A., *Introduzione. Il dibattito sull'applicazione della shari'a*, in PACINI A. (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995
357. PACINI A., *Introduzione – L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, in PACINI A. (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998
358. PALERMO F., WOELK J., *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008

## BIBLIOGRAFIA

359. PALICI DI SUNI E., *Lingue, religioni e nuovi nazionalismi*, in DI GIOVINE A., SICARI S., *Democrazie imperfette*, Torino, 2005
360. PALICI DI SUNI E., CASSELLA F., COMBA M., *Le costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, 2001
361. PALMIERI-BILLIG L., *I diritti umani e le religioni*, in BACCARINI E., FIORAMONTI L. (a cura di), *Diritti umani 50 anni dopo*, Roma, 1999
362. PALOMBELLA G., *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, 2002
363. PAROLIN G. P., *Resistenze al costituzionalismo liberale in Medio Oriente: laicità dello Stato e minoranza cristiana in Giordania*, in ORRÙ R., SCIANNELLA L.G. (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004
364. PAROLIN G. P., *Orientamenti del diritto e della filosofia politica islamica: problemi di metodo*, in DI GIOVINE A., SICARI S., *Democrazie imperfette*, Torino, 2005
365. PASQUINO G., *Corso di scienza politica*, Bologna, 2000
366. PATRONO M., *I diritti dell'uomo nel paese d'Europa. Conquiste e nuove minacce nel passaggio da un millennio all'altro*, Padova, 2000
367. PEARL D., MENSKI W., *Muslim Family Law*, London, 1998
368. PEGORARO L., *Diritto comparato pubblico e costituzionale*, Torino, 1998
369. PEGORARO L., REPOSO A., *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Bologna, 1993
370. PEGORARO L., BALDIN S., *Costituzioni e qualificazioni degli ordinamenti. Profili comparatistici*, in MEZZETTI L., PIERGIGLI V. (a cura di), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme costituzionali in Italia*, Torino, 1997
371. PETERS R., DE VRIES G.J.J., *Apostasy in Islam*, in *Die Welt del Islams*, 1976
372. PETERS R., *Jihad*, in ESPOSITO J.L., *The Oxford Encyclopedia of the modern Islamic World*, Vol. 2, Oxford, New York, 1995
373. PHILIPS A.A.B., *The evolution of figh*, Riyadh, 2006
374. PIN A., *Diritti fondamentali e islam*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007

375. PIZZORUSSO A., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998
376. POGGESCHI G., *Il velo islamico in Francia: il problema di una società multietnica*, in *Quad. Cost.*, n. 2, 1995
377. POULTER S., *Muslin Headscarves in School: Contrasting Legal approaches in England and France*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 17, 1997
378. PRADER G., *Il matrimonio nel mondo*, Padova, 1970
379. PREDIERI A., *Il diritto apicale metastatale. Analogie fra diritto comunitario e diritto islamico*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 1993, pagg. 1 e ss.
380. PREDIERI A., *Shari'a e costituzione*, Roma-Bari, 2006
381. PRELOT P. H., *Le religions et l'égalité en droit français*, in *Les Cahiers de Droits*, n. 40, 1999
382. QUTB S., *Una legge cosmica*, in PACINI A. (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995
383. RABADJI R., HENRY J. R., *Universalisme et identités juridiques: les droit de l'homme et le monde arabe*, in MAHIOU A. (a cura di), *L'Etat des droit dans le monde arabe*, Paris, 1997
384. RAMADAN, T., *La pratica del decentramento come antidoto allo scontro*, in TORREALTA, M. (a cura di), *Incontro o scontro di civiltà*, Roma, 2006
385. RAMADAN T., *Noi musulmani europei*, Roma, 2008
386. RANDAZZO B., *Democrazia e laicità a Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 22, n. 1, 2002
387. RAY J., *Human rights protection and the rule of law. Case studies in Israel and Egypt*, in COTRAN E. YAMANI M., *The rule of law in the middle east and the Islamic world. Human rights and the judicial process*, London, 2000
388. RAWLS J., *Un riesame dell'idea di ragion pubblica*, in RAWLS J., *Il diritto dei popoli*, Milano, 2001
389. REDISSI H., *L'universalità alla prova delle culture: le Dichiarazioni islamiche dei diritti dell'uomo* in BORI P. C., GILBERTI G. E GOZZI G. (a cura di), *La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo cinquant'anni dopo*, Bologna, 2000
390. REHMAN J., BREAU S.C., *Religion, Human Rights and International law. A critical examination of Islamic State practices*, Leiden, 2007
391. RICCIARDI A., *Il Mediterraneo nel Novecento. Religioni e Stati*, Milano, 1994

392. RIDHA BEN HAMMED M., *La limitazione del potere politico in Khéredine*, in G. GOZZI (a cura di), *Islam e democrazia. Il processo di democratizzazione in un paese arabo e i problemi delle democrazie occidentali a confronto*, Bologna, 1998
393. RIMOLI F., *Laicità (dir. cost.)*, *Enc. Giur.*, vol. XVIII, Roma, 1995
394. RIMOLI F., *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, vol.3 Torino, 2005
395. RIMOLI F., *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la democrazia pluralista*, 2006 in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)
396. RINELLA A., *Aspetti e tendenze del costituzionalismo transnazionale*, in ORRÙ R., SCIANNELLA L.G. (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004
397. RIVERA A. (a cura di), *L'inquietudine dell'Islam*, Bari, 2002
398. RIZVI S. M., *Introduzione alla Shari'ah Islamica*, in <http://al-islam.org/it/introshariah/>
399. ROBBERS G. (a cura di), *Stato e Chiesa nell'Unione Europea*, Milano, 1996
400. ROLLA G., *La tutela costituzionale delle identità culturali*, in ROLLA G. (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000
401. ROLLA G., *Esportazione, imposizione, sostituzione e circolazione di modelli costituzionali*, in ORRÙ R., SCIANNELLA L.G. (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004
402. RUEDY J. (ed. by), *Islamism and secularism in north Africa*, Basingstoke, 1994
403. ROY O., *Secularism confronts Islam*, New York, 2007
404. SAID E. W., *Orientalismo. L'immagine europea dell'Oriente*, Milano, 1999
405. SACCO R., *Diritti stranieri e sistemi di diritto contemporaneo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, 2001
406. SACCO R., *Soprannaturale e diritto delle esperienze negli ultimi millenni*, in *DAIMON*, vol. 2, 2002
407. SACHEDINA A., *Woman, half the man? Crisis of male epistemology in Islamic Jurisprudence*, in KHARE R.S. (ed. by), *Perspectives on Islamic Law, Justice and society*, Boston-Oxford, 1999

408. SAFI L.M., *Human rights and Islamic Legal reform*, 1998, in <http://louaysafi.com/>
409. SAHLIEH S.A.A.A., *Islamic law and the issue of male and female circumcision*, in *Third World Legal studies*, 1994-1995, pagg. 73-102
410. SALE G., *Stati islamici e minoranze cristiane*, Milano, 2008
411. SALEH J., *Law, the rule of law and religious minorities in Egypt*, in *Middle East Review of International Affairs*, vol. 8, n. 4, 2004
412. SALIH R., *Musulmane rivelate*, Roma, 2008
413. SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano machilita con riguardo anche al sistema sciafita*, Roma, 1926
414. ŞAYF, W., *Diritti dell'uomo e ritorno alle origini dell'islam*, in PACINI A. (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998
415. SBAILÒ C., *L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. 2, 2011, pagg. 341-372
416. SCARCIA B., *IL mondo dell'Islam*, Roma, 1981
417. SCHACHT J., *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, 1995
418. SCHACHT J., *The origin of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford, 1950
419. SEMPRINI A., *Il multiculturalismo*, Milano, 2000
420. SEMPRINI G., *Teocrazia*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIX, Torino, 1957
421. SENTURK R., *Human rights in Islam between universal and communal perspective*, in [www.law.emory.edu/IHR/worddocs/recep3.doc](http://www.law.emory.edu/IHR/worddocs/recep3.doc)
422. SFEIR G.N., *Modernization of the law in Arab States. An investigation into current civil, criminal and constitutional law in the Arab world*, San Francisco, 1998
423. SHAFIQ A.B., *Women in Islam: a study on economic emancipation*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 50, n. 2, 2006, pagg. 256-277
424. SHAH PRAKASH A., *Attitudes to polygamy in English Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003
425. SHAHAM R., *Family law and the Courts in modern Egypt. A study based on decisions by the Shari'a Courts 1900-1955*, Leiden, New York, Köln, 1997
426. SHAHAR I., *Legal pluralism and the study of shari'a Courts*, in *Islamic law and society*, n. 15, 2008, pagg. 112-141

## BIBLIOGRAFIA

427. SHARIF M. F..M., *Jihād in Ibn Taymīyyah thought*, in *The Islamic Quarterly*, vol. 49, n.3, 2005, pagg. 183-204
428. SHARPE R. J., SWINTON K. E., ROACH K., *The Charter of Rights and Freedom*, Toronto, 2002
429. SHORT W., *The Jizya tax. Equality and dignity under Islamic law?*, in SPENCER R., *The myth of Islamic tolerance. How Islamic law treats non-Muslims*, New York, 2005
430. SHIVDAS M., COLEMAN S., (ed. by) *Without prejudice. CEDAW and the determination of women's rights in a legal and cultural context*, London, 2010
431. SHAHID S., *Rights of non-Muslims in an Islamic State*, in SPENCER R.(ed. by), *The myth of Islamic tolerance. How Islamic law treats non-Muslims*, New York, 2005
432. SHERIF A.O., *An overview of the Egyptian Judicial System and its history*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern law*, vol. 5, 1998-1999
433. SHERIF A.O., *The rule of law in Egypt from a judicial perspective: a digest of the landmark decision of the supreme constitutional court*, in COTRAN E., YAMANI M. (ed. by), *The rule of law in the Middle east and the Islamic World. Human Rights and the judicial process*, London, 2000
434. SHERIF A.O., *The primacy of the law and the Constitution. Their consistency and compliance with international law. The Egyptian experience*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern law*, vol. 10, 2003-2004
435. SHERIF S., *Women's Rights in Islam*, London, 1989
436. SINANCEUR M. A., *La Déclaration islamique universelle des droits de l'homme. Présentation*, in HIRSCH E. (a cura di), *Islam et droits de l'homme*, Paris, 1984
437. SKOVGAARD-PETERSEN J., *Shari'a and the constitutional debate in Egypt*, in NIELSEN J.S, CHRISOFFERSEN L., *Shari'a as Discourse. Legal tradition and the encounter with Europe*, Farnham, 2010
438. SONBOL A.E.A., *The woman follows the nationality of her husband; guardianship, Citizenship and gender*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic World*, vol. n.1, 2003

439. SONBOL A.E.A., *A response to Muslim Countries' reservations against full implementation of CEDAW*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, vol. 8 n. 3, 2010
440. SONNEVELD N. *Rethinking the difference between formal and informal marriage in Egypt*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 2009-2010, vol. n. 15
441. SPADARO A., *I valori dello stato "laico" (..o "costituzionale"?)*, in *Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, 2011, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).
442. SPENCER M., *From the Constitution of 1961 to the Constitution of 1982*, in *Turkish Yearbook of Human Rights*, n. 7-8, 1985-1986
443. SPENCER R. (ed. by), *The myth of Islamic tolerance. How Islamic law treats non-Muslims*, New York, 2005
444. STOWASSER B.F., *The status of women in early Islam*, in HUSSAIN F. (ed.by), *Muslim Women*, 1984
445. STOWASSER B.F., *Women and Citizenship in the Qur'an*, in SONBOL A.E.A., *Women, the Family and Divorce Law in Islamic History*, New York, 1996
446. STOWASSER B.F., ABUL-MAGD Z., *Legal codes and contemporary fatwa: Muslim women and contesting paradigms*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, vol.6 n.1, 2006
447. SYED M.A., *The position of women in Islam. A progressive view*, New York, 2004
448. TADROS M., *The non-Muslim 'Other': gender and contestations of Hierarchy of Rights*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic World*, vol. 7 n. 2, 2009, pagg. 111-143
449. TAHA M. M., *Shari'a e Sunna: la seconda missione dell'islam*, in PACINI A. (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995
450. TALBI M., *Religious liberty*, in KURZMAN C. (a cura di), *Liberal Islam*, New York-Oxford, 1998
451. TALBI M., *Le vie del dialogo nell'Islam*, Torino, 1999

## BIBLIOGRAFIA

452. TANZANELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007
453. TAYLOR C., *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, 1993
454. TAVERNIER P., *Les Etats arabes, l'ONU, et les droits de l'Homme. La déclaration universelle des droits de l'Homme et les Pactes de 1966*, in AMOR A., CONAC G. (a cura di), *Islam et droits de l'Homme*, Paris, 1994
455. TELLENBACH S., *L'apostasia nel diritto islamico*, in *DAIMON*, vol. 1, 2001
456. TIBI B., *Islamic law/Shari'a, Human rights, universal morality and international relations*, in *Human rights Quarterly*, vol. 16, n. 1, 1994
457. TIBI B., *Il fondamentalismo religioso*, Torino, 1997
458. TOHIDI N., *Women's rights in the Muslim world: the universal-particular interplay*, in *Journal of Women of the Middle East and the Islamic world*, vol. 1 n. 2, 2003, pagg. 152-188
459. TORRE D., *Egitto. Appunti sulla nuova legge elettorale e sul nuovo assetto politico del paese*, in *DPCE on line*, n. 4, 2011
460. TOUZENIS K., *Looking through veils: Women's rights in Islam*, in <http://www.juragentium.unifi.it/en/surveys/islam/mw/veils.htm>
461. TYSER C.R., DEMEIRIADES D.G., EFFENDI ISMAIL HAQQI, (trans. by), *The Mejelle. Being an English translation of Majakkahel-Ahkam-I-Adliya and a complete code on Islamic civil law*, Lahore, 1967
462. USHAMA T. *Islamic Resurgence in Egyptian the Twentieth century: an overview of casual factors*, in *The Islamic Quarterly*, London, vol. 49, n.3, 2005
463. VATIKIOTIS P. J., *Islam: stati senza nazioni*, Milano, 1993
464. VERCELLIN G., *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, 2002
465. VERCELLIN G., *Tra veli e turbanti*, Venezia, 2002
466. VERGAGNANO I., *I diritti umani*, Torino, 1998
467. VERRAZZO S., *Diritto musulmano*, in [www.noinos.it](http://www.noinos.it)
468. VIKOR K.S., *Between God and the Sultan. A history of Islamic law*, London, 2005
469. VOLPI M., *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2000

BIBLIOGRAFIA

470. WAFĪ A. AL-WĀHĪD, *I diritti umani e i cinque obiettivi della shari'a*, in A. PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, 1998
471. WATT W. M., *Breve storia dell'islam*, Bologna, 2001
472. WAXMAN D., *Islam and Turkish National Identity: a reappraisal*, in *The Turkish Yearbook of International Relations*, n. 30, 2000, pagg. 1-22
473. WEISS B., *The spirit of Islamic Law*, Athens, 1998
474. WELCHMAN L., *Women's rights and Islamic family law. Perspectives on Reform*, London-New York, 2004
475. WELCHMAN L., *Women and Muslim family laws in Arab States. A comparative overview of textual development and advocacy*, Amsterdam, 2007
476. WELCHMAN L., *Beyond the code: Muslim family and the Shari'i Judiciary in the Palestinian West Bank*, The Hague, 2000
477. YE'OR B., *The dhimmi. Jews and Christians under Islam*, London, 1985
478. YE'OR B., *Islam and Dhimmitude. Where civilizations collide*, Madison-Lancaster, 2002
479. YESILADA B., *Turkey's candidacy in EU membership*, in *The Middle East journal*, vol. 56, n. 1, 2002
480. YILMAZ I., *Dynamic Legal pluralism*, in PEARL D., MENSKI.; *Muslim family law*, London, 1998
481. YILMAZ I., *Secular law and the emergence of unofficial Turkish Islamic Law*, in *Middle East Journal*, vol. 56, n.1, 2002
482. YILMAZ I., *Non-recognition of Post-modern Turkish Socio-legal reality and the predicament of women*, in *British Journal of Middle Eastern Studies*, vol. 30 n. 1, 2003
483. YILMAZ I., *Muslim laws, politics and society in modern nation states: Dynamic Legal Pluralism in England, Turkey and Pakistan*, Burlington, 2005
484. YILMAZ H., *Islam, sovereignty and democracy: a Turkish view*, in *The Middle East Journal*, vol. 61, n. 3, 2007
485. YONAH A., BRENNER E.H., KRAUSE S.T., (ed. by), *Turkey. Terrorism, civil rights and the European Union*, London-New York, 2007
486. ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992
487. ZAGREBELSKY G., *Principi e voti*, Torino, 2005

## BIBLIOGRAFIA

488. ZAGREBELSKY G., *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, 2007
489. ZAKARIYA F., *L'appello all'applicazione della shari'a nel contesto politico arabo contemporaneo*, in PACINI A. (a cura di), *Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, 1995
490. ZANGHI' C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2002
491. ZUBAIDA S., *Turkish Islam and National Identity*, in *Middle East Report*, 1996

SITOGRAFIA

- <http://www.dpce.it/online/>
- <http://www.islamcatalogue.uni-leipzig.de/islawindex.html>
- <http://www.soas.ac.uk/Centres/IslamicLaw/Materials.html>
- <http://www.isiao.it/>
- <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>
- [http://www.arab.it/islam/islam\\_articoli\\_documenti.htm](http://www.arab.it/islam/islam_articoli_documenti.htm)
- <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/index.html>
- <http://www.constitution.org/cons/natcons.htm>
- [http://www.turkey.org/politics/p\\_consti.htm](http://www.turkey.org/politics/p_consti.htm)
- <http://www.anayasa.gov.tr/>
- <http://www.osservatoriocedu.it/>
- [http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage\\_En/](http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_En/)
- <http://www.islam-democracy.org/>
- [www.islamitalia.it/](http://www.islamitalia.it/)
- <http://www.studiperlapace.it>
- <http://www.islam-guide.com>
- <http://www.imarabe.org/index.html>
- <http://www.al-islam.org>
- <http://www.filodiritto.com/diritto/pubblico/internazionale/confvienna.htm>