

## LEGGE RIVELATA E SFERA PUBBLICA / SIYÀSA SHAR'IYYA Attualità della “polarità” islamica\*

di **Ciro Sbaìlò\*\***  
(15 Novembre 2012)

### 1. Le “regole del Sultano”

In base a una diffusa filosofia classificatoria, nell'Islam non si darebbe un “diritto pubblico” separato da quello “privato”, diversamente da quanto accade in Occidente.<sup>1</sup> È all'analisi weberiana della formazione del diritto pubblico occidentale che risale questa idea. Secondo Weber, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato ha una natura eminentemente politica,<sup>2</sup> nel senso che la delimitazione pubblico/privato è funzionale al processo di razionalizzazione giuridica e amministrativa della vita sociale: «Lo Stato moderno è nella sua essenza un'associazione istituzionale di detentori – scelti secondo regole determinate – di determinati *imperia* parimenti delimitati all'esterno da regole generali di divisione dei poteri, i quali, nello stesso tempo, incontrano tutti dei limiti interni della legittimità del loro potere di comando, per effetto di una limitazione di potere statuito».<sup>3</sup> In questa descrizione di Max Weber, la divisione dei poteri viene presentata non come il risultato storicamente determinato di un'evoluzione dello spazio pubblico occidentale moderno, bensì come un elemento costitutivo di quest'ultimo. In altre parole, la fonte di legittimità di un determinato potere sarebbe, in ultima analisi, da rinvenirsi in ciò che limita quello stesso potere, secondo il paradigma kantiano del limite come struttura e modo d'essere del fondamento.<sup>4</sup>

La tesi di Max Weber sembrerebbe trovare conferma nelle più recenti evoluzioni dei sistemi dei poteri pubblici in Occidente. La crisi della tradizionale ripartizione montesqueiana legislativo-esecutivo-giudiziario è, infatti, sotto gli occhi di tutti. Da un lato, assistiamo a una crescente “presidenzializzazione degli esecutivi”, che, ad esempio, nelle forme di governo parlamentare, come quelle italiana e britannica, porta a un progressivo appiattimento dell'Esecutivo sul Legislativo. Dall'altro, abbiamo una crescente “espansione del potere giudiziario”, che minaccia l'autonomia della sfera politica. Di fronte a ciò, dobbiamo constatare, però, l'emergere di nuove “separazioni” nei sistemi dei poteri pubblici. Tali “separazioni” sono di varia natura. Ci sono quelle di natura prettamente politico-istituzionale, come ad esempio l'istituzionalizzazione del ruolo delle opposizioni parlamentari. Ci sono, poi, quelle di natura territoriale, che si concretano nel rafforzamento del potere decisionale delle autonomie, anche per quel che riguarda i processi decisionali centrali. Ma si stanno affermando altre “strategie costituzionali” volte a limitare il potere politico attraverso il rafforzamento di autorità e centri decisionali esterni ai tradizionali circuiti istituzionali (si pensi, ad esempio, al ruolo delle *Authority*).<sup>5</sup> Insomma, il principio della separazione

© Il presente testo è una rielaborazione critica dei testi di due relazioni tenute nell'ambito della prima Settimana della Lingua Araba e della Cultura Egiziana, tenutasi a Roma dal 12/11/2012 al 16/11/2012 (a cura dell'Ufficio culturale della Repubblica Araba d'Egitto, con la collaborazione di: Università La Sapienza-Roma, Università Luspio-Roma, Università-Luiss-Roma, Università Kore –Enna, Istituto Dante Alighieri), la prima alla Luspio, il giorno 13 /11/2012 (Sesta sessione) e la seconda alla Luiss, il giorno 16/12/2012 (Tredicesima sessione). Per la traslitterazione dei termini arabi, si adotta qui la forma semplificata internazionale

<sup>1</sup> Per una discussione critica su questo punto, cfr. G. Di Plinio, *Appunti su Shari'ah, diritti e costituzionalismo islamico*, in *Luria Orientalia*, VI (2010), pp. 283-315

<sup>2</sup> M. Weber, *Economia e società* [1922], III, Milano, Edizioni di Comunità, 2000, p. 5.

<sup>3</sup> M. Weber, *Economia e società*, III, cit. p. 12.

<sup>4</sup> Cfr. F. Tessitore, *Contributi alla storia e alla teoria dello storicismo*, IV, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1998, pp. 159 e ss.;

<sup>5</sup> Il problema è da tempo, significativamente, all'attenzione degli amministrativisti. Cfr. P. Dell'Aversana (a cura di), *Politica, economia e giustizia. La tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini come fattori di garanzia, equilibrio della finanza pubblica e sviluppo*, Milano, Giuffrè, 2007, con interventi di P. Dell'Aversana, P. De Lise, C. Riviezzo, C. A. M. Selvaggi, S. Amorosino, C. Fucci, M. Meloni, G. De Michele, F. Bocchini, C. Calabrò, A. Catricalà, M. Cicala, A. Martucci,

dei poteri sembra rispondere ad un'istanza garantista tipica del diritto occidentale, rispetto alla quale la tripartizione classica montesqueiana si configura come una risposta storicamente determinata.

La separazione tra diritto pubblico e diritto privato e l'affermazione del principio della separazione dei poteri, da questo punto di vista, possono essere considerati come due elementi costitutivi "simmetrici" del moderno diritto occidentale. Al centro di questa geometria, sempre secondo Max Weber, ci sarebbe l'"individuo" moderno.

Il diritto moderno sarebbe, infatti, un prodotto della razionalità moderna, nella forma specifica che questa ha assunto nell'individualismo di matrice protestante. Weber osserva che, con la Riforma, la salvezza non può più essere affidata all'"oggettività sacramentale", perché viene negata la possibilità di un'intermediazione "istituzionale" tra uomo e Dio. Dall'affermazione del principio della responsabilità individuale viene la necessità di conoscere in anticipo il meccanismo di produzione delle norme. Nell'età moderna, l'obbligazione (politica, giuridica) è riferita all'individuo in quanto tale, non in quanto membro di un ceto o di un clan. Ciò si lega al fatto che la distribuzione della ricchezza avviene sempre di più in base al lavoro e non in base all'appartenenza a un gruppo sociale. Il diritto privato individualistico postula, dunque, l'esistenza del soggetto unico di diritto. Di qui la razionalizzazione del diritto e dello stato moderno, insieme alla progressiva affermazione del principio di legalità.

Questa parte del pensiero weberiano è stata sottoposta, soprattutto di recente, a numerose critiche. In particolare, si è insistito sull'eccessivo ruolo assegnato alla riforma protestante e si è messo in risalto il peso che ha avuto, in questo ambito, il cattolicesimo, con particolare riferimento alla scuola francescana del XV secolo.<sup>6</sup> Pur tenendo conto di là di tali critiche, resta, ci pare, un dato non ancora confutato dell'analisi weberiana: il nesso costitutivo, nel diritto occidentale moderno, tra la centralità dell'individuo, la limitazione come fonte di legittimazione del potere e la distinzione rigorosa tra sfera pubblica e sfera privata. In particolare, per quel che riguarda quest'ultimo punto, la tesi di Weber è che, indipendentemente dalla collocazione della linea che separa la sfera pubblica da quella privata, questa stessa linea sia sempre individuabile con molta nettezza. Tale rigorosa alternativa pubblico/privato, incompatibile con una visione comunitaristica dei rapporti sociali, è e resta una delle principali fonti della certezza del diritto e, in ultima analisi, della stessa legittimità dei sistemi dei poteri pubblici.

Nell'opera weberiana ciò emerge anche dall'analisi dell'evoluzione della libertà contrattuale in Europa. Tale libertà conosce nell'età moderna una straordinaria espansione, con alcune limitazioni che riguardano la sessualità, il patrimonio familiare, la propria persona fisica. Esisterebbe, dunque, uno strettissimo nesso tra liberalizzazione, mobilitazione della ricchezza, lotta sociale, mobilità sociale e individualismo. D'altra parte, è proprio la forza di questo nesso che porta allo sviluppo dello Stato moderno. Nascono, infatti, in questa fase, limitazioni contrattuali per garantire gli interessi di alcuni ceti economicamente influenti. Un particolare strumento per limitare o controllare la libertà contrattuale è quello – non di fare leggi esplicitamente limitative, ma – di «non fornire alcuno schema contrattuale adatto per esse», ovvero di non garantire la tutela del potere pubblico a chi stipula determinati contratti. Secondo Weber, *la tipizzazione dello schema contrattuale è uno strumento per garantire la discrezionalità del legislatore, e dunque un certo controllo dello stato sull'attività contrattuale.*<sup>7</sup> Lo Stato tenta, cioè, di predisporre schemi contrattuali, e di limitare, in

---

F. Nerli, C. Pambianchi, F. Patroni Griffi, A. Patroni Griffi, A. M. Rossi Brigante, M. Angrisani. Sulle nuove "strategie costituzionali" per la difesa dei diritti, in presenza della crisi del paradigma stato-nazionale e del principio "di maggioranza", cfr. M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002; F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 213 e ss.

<sup>6</sup> Cfr. R. Stark, *La vittoria della ragione. Come il cristianesimo ha prodotto libertà, progresso e ricchezza*, Torino, Lindau, 2006; O. Nuccio, *Addio all'etica protestante*, Roma, università degli studi la Sapienza, 2004; O. Bazzichi, *Dall'usura al giusto profitto, l'etica economica della Scuola francescana*, Cantalupa (To), Effatà, 2008.

<sup>7</sup> Cfr. M. Weber, *Economia e società*, III, cit., pp. 42 e ss.

questo modo, l'autonomia negoziale. D'altra parte, proprio in questo modo, l'autonomia negoziale, da concessione a determinati soggetti, diventa diritto generalizzato. L'estensione generalizzata dell'autonomia negoziale porta alla dissoluzione dei sistemi giuridici (e sociali) strutturati su base cetuale. Ciò si accompagna all'affermazione dell'eguaglianza procedurale e del principio di legalità sui principi di equità o giustizia. È questo, nel senso concretamente giuridico, il significato dell'espressione "formazione dell'individualismo moderno". D'altra parte, lo stesso sviluppo dell'autonomia contrattuale pone il seguente problema: come preservare la tutela della dignità umana dal rischio di un suo assorbimento nell'ambito dell'autonomia negoziale dei privati (si pensi al dramma dello shakespeariano *Mercante di Venezia*, che incautamente si obbliga contrattualmente alla cessione di una porzione indeterminata di una parte del proprio corpo)? È il potere pubblico che si fa carico di ciò. Chi viola l'integrità fisica di un suddito, anche solo per farsi giustizia, può essere perseguito per attentato all'ordine pubblico (*a breach of the King's peace*).<sup>8</sup> È il potere coercitivo dello Stato a garantire il funzionamento della società moderna basata sulla autonomia negoziale. Abbiamo, così, simmetricamente, la nascita dello Stato moderno e la nascita dell'Individuo moderno, ovvero la suddivisione netta della sfera sociale in due distinte dimensioni, una pubblica e una privata. Non c'è spazio, qui, per la dimensione "comunitaria", ovvero per una dimensione nella quale la configurazione dei diritti e degli interessi del singolo si realizzi nel quadro di vincoli di carattere familiare, cetuale o culturale.

La ricostruzione weberiana conserva oggi, ancora, una grande forza euristica. Essa, ad esempio, ci consente di comprendere come e perché le crescenti istanze neocomunitarie e identitarie della società contemporanea mettano in seria crisi i sistemi giuridici occidentali. Peraltro, essa ci appare fatalmente "etnocentrica", nel senso che non consente di prendere in considerazione la possibilità che il principio di legalità, la limitazione del potere politico e la certezza del diritto possano affermarsi anche attraverso paradigmi diversi da quelli statalistico-individualistici, e, nello specifico, attraverso i paradigmi comunitaristici della cultura giuridica islamica.

Indubbiamente, l'esperienza della costruzione dello spazio pubblico su basi statalistico-individualistiche è molto debole nel mondo islamico. L'esperienza stato-nazionale dei paesi islamici è spuria rispetto ai modelli occidentali e il principio di sovranità nazionale s'è affermato in conflitto con l'universalità della *umma*. La dimensione nazionale dell'Islam è inseparabile da quella religiosa. Il sentimento nazionale del musulmano corrisponde alla consapevolezza di far parte della «migliore comunità mai creata da Dio». Certo, non mancano e non sono mancate rivalità tra arabi, iranici e turchi. E molte volte queste rivalità – che hanno avuto anche risvolti bellici di grande rilievo – si sono intrecciate alla contrapposizione tra Sciiti e Sunniti. E tuttavia, ogni antagonismo interno all'Islam si legittima su base islamico-universalistica. Sicché la definizione stessa dell'elemento nazionale e politico avviene sul fondamento religioso.

È l'opposto di quanto è avvenuto in Europa. La nazione moderna nasce, secondo la classica ricostruzione weberiana, sul finire del Medioevo, dal declino del bipolarismo papato/impero in cui a lungo s'è raccolta la quasi totalità delle questioni politiche europee. La nazione cristiana nasce in contrasto con l'universalismo imperiale cristiano, non però con la cristianità in quanto tale. In altre parole, la nazione cristiana rivendica il proprio ruolo nella cristianità attraverso la definizione dei propri confini e della propria identità. La razionalizzazione del sistema fiscale, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, la formazione degli eserciti e la nascita degli embrioni dei futuri sistemi parlamentari sono intrecciati allo sviluppo delle lingue e delle letterature nazionali. Tutto questo a sua volta si sviluppa contestualmente all'approfondimento di specifiche vie di partecipazione alla cristianità, attraverso la frattura con l'autorità papale e la nascita delle chiese nazionali, come nella Riforma e nell'Anglicanesimo, o attraverso l'avocazione di una continuità universalistica cattolica, come nel caso della famiglia degli Asburgo, la cui influenza si è sentita soprattutto in Spagna e in Austria, oppure, ancora, attraverso la rivendicazione di una primogenitura che dà diritto a una speciale autorevolezza e autonomia anche rispetto alla Chiesa

---

<sup>8</sup> F. W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England. Six essays*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2010, pp. 135 e ss

di Roma, come nel caso del paradigma "gallicano" francese. Lo stato nazionale, dunque, viene concepito già da subito come "laico". Lo Stato moderno si fonda sul "Popolo", come unità compatta e pre-esistente, ovvero sulla "Nazione", nel senso che questo termine assume con la Rivoluzione francese. C'è chi, come Schmitt, ha voluto vedere nella "Nazione" il presupposto della stessa democrazia moderna: la democrazia, anzi, si presenta nell'analisi schmittiana come il culmine di un processo di razionalizzazione della vita pubblica, cominciato per l'appunto con la formazione del sistema europeo degli Stati nazionali, a partire dalla stessa pace di Vestfalia del 1648, che Schmitt individua come il passaggio cruciale allo *Jus publicum europaeum*, ovvero all'instaurazione di un nesso necessario (il fondamento stesso dello spazio politico) tra potere e responsabilità.<sup>9</sup>

Ciò non vuol dire, però, che si debba necessariamente stabilire un rapporto esclusivo di causa ed effetto tra la costruzione dello spazio pubblico secondo i paradigmi della statualità nazionale territoriale, da una parte, e l'affermazione dei principi di separazione dei poteri e di legalità, dall'altro. Lo stesso Weber, peraltro, afferma che tali principi non richiedono, per essere affermati, una specifica organizzazione dei poteri pubblici, ed egli, nel terzo volume di *Economia e società*, li tratta alla stregua di principi originari, che presiedono alla stessa primitiva organizzazione dello spazio pubblico. Perché non prendere, dunque, in considerazione che la limitazione come fonte originaria di legittimazione del potere possa affermarsi anche in un contesto sociale di carattere comunitario? Se non altro, in considerazione del fatto che, già ai tempi Weber, e oggi in maniera decisamente più intensa, si assiste a una crisi dei paradigmi "vestfaliani" con cui sono stati costruiti i sistemi dei poteri pubblici in Occidente? La crisi dello Stato nazionale territoriale, infatti, si evidenzia essere, ormai, con chiarezza, la crisi non di un'istituzione in quanto tale, da difendere contro la vorace "potenza marittima" partorita dalla cultura angloamericana, per riprendere la nota metafora schmittiana, ma la crisi di un modello teorico. Allo scenario a suo modo ordinato della guerra fredda, in cui vi erano in sostanza due sistemi stato-nazionali, che a loro volta regolavano i rapporti reciproci sulla base delle tradizionali norme sui rapporti tra gli Stati, va sostituendosi uno scenario ancora confuso, in cui i nuovi protagonisti si chiamano, al momento, "popoli", "nazioni", "minoranze", "individui". Le tutele, in questo caso, vengono garantite da soggetti e "comunitari" privati che diventano, col tempo, fonte di diritto, erodendo così anche il monopolio dello Stato in materia normativa.<sup>10</sup>

Questo non vuol dire, certo, che si possa accogliere la tesi, sostenuta dai Fratelli Musulmani, secondo cui l'Islam possa essere visto come una "risposta" alla crisi della modernità, per il fatto di non aver mai accolto i paradigmi statal-individualistici euro-continentali di cui si oggi si avverte con potenza la crisi. Paradossalmente, infatti, tale tesi, rivela una visione unilaterale ed ideologica dello sviluppo storico, simmetrica a quella che si rimprovera genericamente all'Occidente. Al tempo

---

<sup>9</sup> C. Schmitt, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"* [1950], Milano, Adelphi, 1991. Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, Il Mulino, 1996; Cfr. C. Pinelli, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali* in AA. VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, tomo II, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 1257-1309; C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 154-160.

<sup>10</sup> La crisi dello Stato nazionale è da tempo oggetto di numerosissime pubblicazioni, di cui non si tenta neanche di dare conto. Per un inquadramento generale, in connessione con le problematiche qui sollevate, cfr.: S. Gambino (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali*, Rimini, Maggioli, 1999; AA.VV., *Les mutations de l'Etat-Nation en Europe à l'aube du XXI siècle*, Strasbourg, 1998; M. Albertini, *Lo Stato nazionale*, Bologna, Il Mulino, 1997; S. Cassese - G. Guarino, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002; G. Poggi, *Lo Stato: natura, sviluppo, prospettive*, Bologna, Il Mulino, 1992 (spec. pp. 219 e ss.); D. Held, *Modelli di democrazia*, a cura di Verzichelli, Bologna, Il Mulino, 1997 (spec. pp. 459 e ss.). Per il resto si rimanda a quanto già indicato in materia di "declino della sovranità" nelle pagine precedenti. Mentre ci pare qui utile dare qualche ulteriore indicazione sul tema "schmittiano", oggi spesso ripreso, del nesso tra teoria contemporanea dei diritti dell'uomo, globalismo giuridico e del cd "declino della politica". Cfr.: C. De Fiores, *I diritti inviolabili dell'uomo tra crisi della sovranità e uso della forza*, in *Politica del diritto*, 2000; P. Portinaro, *La crisi dello Jus Publicum Europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Edizioni di Comunità, 1982; S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1992; D. Zolo, *I signori della pace. Una critica al globalismo giuridico*, Roma, Carocci, 2001; D. Zolo, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Torino, Einaudi, 2000; C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001 (spec. pp. 131 e ss.).

stesso, i suoi sostenitori ignorano deliberatamente il fatto che, sebbene non si possa semplicisticamente parlare dell'Islam come "religione del mondo povero", non si può ignorare come il modello socio-economico dell'Occidente, generalmente inteso, pur con tutte le sue contraddizioni, continui ad essere quello maggiormente in grado di garantire la certezza del diritto, un reddito pro-capite decente e una certa stabilità politica.

Al tempo stesso, è difficile non riconoscere come oggi emerga la alternatività tra Europa e Islam, nel senso che, a differenza che in passato, la superiorità – nel senso della universale validità – del modello occidentale appare teoreticamente priva di fondamento. L'universalismo occidentale ha una matrice individualistica, per cui i diritti della persona vengono prima di qualsiasi verità rivelata o norma positiva. Viceversa, benché nell'Islam vi sia una componente individualistica molto forte, in virtù del rapporto immediato e diretto dell'uomo con Dio, l'universalismo non ha una matrice individualistica, bensì comunitaria, in quanto riferita non all'universalità della ragione, bensì all'universale possibilità di far parte della *umma*. È alla luce di ciò che va considerata, ad esempio, la stessa esperienza giusfamiliare dell'Islam, spesso oggetto di pesanti critiche in ambito occidentale.<sup>11</sup> La nazione, per l'Islam, resta, comunque, nei secoli, la *umma*. Pur tenendo conto delle più diverse esperienze politiche islamiche – ivi comprese quelle più vicine ai modelli occidentali, quali la turca e l'egiziana – appare al momento impensabile un Islam senza una unità indissolubile tra religione e comunità, e senza che tale unità sia quanto meno riconosciuta e garantita all'interno delle strutture giuridiche e politiche.<sup>12</sup> In ogni caso, la dimensione religiosa non potrà essere confinata nella sfera individuale personale: etica e religione sono una sola e medesima cosa e l'unità religiosa e quella politica vengono avvertite come due facce della stessa medaglia.

Insomma, la crisi del paradigma statale-individualistico, da una parte, e la sempre maggiore consapevolezza islamica della specificità del paradigma comunitario che ha guidato e guida la costruzione dello spazio pubblico nei Paesi in cui la *shari'a* è collocata in posizione apicale nel sistema delle fonti, dall'altra, devono farci riflettere sulla validità o meno di quel criterio tassonomico di cui sopra. A un'attenta considerazione, infatti, quel criterio ci pare presentare due vizi di fondo. In primo luogo, esso è basato sull'identificazione tra sfera statale e sfera pubblica – identificazione che, ormai, in Occidente, non ha più ragion d'essere, per ragioni che qui appare

<sup>11</sup> Sui risvolti tecnico-giuridici dell'approccio comunitaristico, nel mondo islamico cfr.: Abu Sahleia S.A.A.D., *The Need to Unify Personal Status Laws in Arab Countries*, in «Femmes sous lois musulmanes», Dossier 22, 1999; M.A. Al-Midani, *La famille musulmane et la Sharī'ah*, in AA.VV., *Le droit de la famille en Europe: son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nous*, Strasbourg, 1992; A. Alkazaz - G. Beugé, *Les capitaux de l'Islam*, CNRS Editions, 1998; R. Aluffi Beck-Peccoz (a cura di), *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del nord-Africa*, Torino, Edizioni della Fondazione G. Agnelli, 1997; S.H. Amin, *Islamic Law and Its Implications for the Modern World*, Glasgow, Roy Ston Publishers, 1989; B. Johansen, *Contingency in a Sacred Law. Legal and Ethics Norms in the Muslim Fiqh*, Leiden-Boston, 1998. Cfr. inoltre: S. Belaid, *Islam et Droit*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2000; H. Bleuchot, *Droit musulman. Tome I: Histoire*, Aix-en-Provence, 2000; B. Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris, 1993; E. Bussi, *Principi di diritto musulmano*, Roma, 1943; E. Canal Forgues, *Recueil des Coutumes des pays arabes*, Bruxelles, 2000; G. Caputo, *Introduzione al diritto islamico*, Torino, 1990; J.Y. Carlier - M. Verwilghen, *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, 1992; R. Caspar (a cura di), *L'application de la Sharī'ah*, in «Études Arabes-Dossiers», 1986, pp. 70-71; F. Castro, *Lineamenti di storia del diritto musulmano*, 2 voll., Venezia, 1979; M. Charfi, *Introduction à l'étude du droit*, Tunis, 1997; J.P. Charnay, *La Vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XXe siècle*, Paris, 1991; C. Chehata, *La religion et les fondements du droit en Islam*, in «Archives de Philosophie du Droit», 18-1973, pp. 17-25; AA.VV., *Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Colloque de Beyrouth des 13 et 14 mai 1999, Bruxelles, 2000; N. Comair-Obeid, *Le contract en droit musulman des affaires*, in «Economica», 1995; G. Conac, *Les Cours suprêmes en Afrique tome IV Droit de la terre et de la famille, droit musulman, droit commercial*, in «Economica», 1990; G. Conac, *Islam et droits de l'homme*, in «Economica», 1994; A. Gassan, *Mariage, polygamie et répudiation en islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, Paris, 1998; T. Ibn 'Ashūr, *Les fins ultimes de loi islamique*, Tunis, 1979, (in arabo); M.T. Kamel, *Statut juridique et droit de la personne dans la charia musulmane*, in «Revue juridique et politique», 1982; J. Ladjili-Mouchette, *Histoire juridique de la Méditerranée. Droit romain, droit musulman*, Tunis, 1990; S. Laghmani, *Éléments d'histoire de la philosophie du droit*, Tome I et II, Tunis, 1999; C. Mallat, *The Renewal Of Islamic Law*, Cambridge, 1993; C. Mallat (a cura di), *Islam And Public Law*, London, 1993; L. Panafit - E. Bruno, *Quand le droit écrit l'Islam, L'integration juridique de l'Islam en Belgique*, Bruxelles, 1999; P.E. Viard, *Traité élémentaire de droit public et de droit privé en Algérie*, Bibliothèque de la fac. de droit et des sciences économiques d'Algier, Volume XXXVII-Fascicule n°1 & 2.

<sup>12</sup> Cfr. P. J. Viatikiotis, *Islam: Stati senza nazioni* [1987], Milano, il Saggiatore, 1998, pp. 47 e ss.

superfluo ricordare.<sup>13</sup> In secondo luogo, esso non tiene conto di ciò che l'Islam dice di sé, tanto in merito alla costruzione della sfera pubblica quanto in merito alla garanzia del *Rule of Law*. La sfera giuspubblicistica, qui, è, infatti, definita dall'espressione *al-ahkam al-sultaniyya*, «le regole del Sultano», conosciute anche come *siyàsa shar'iyya*, ovvero la *shari'a* che regola la politica (o la politica *sciaraiticamente orientata*, vale a dire fondata sulla Rivelazione). In merito ai principi generali, vale a dire all'incardinamento dell'agire politico nei confronti dell'Islam e, dunque, al carattere trascendente del fondamento dell'ordine politico, non ci sono divergenze rilevanti tra le scuole. Viceversa, sulle questioni tecniche di organizzazione dei pubblici poteri, non vi sono vincoli teologici: anche se, ad esempio, c'è chi sostiene che l'organizzazione repubblicana sia più adatta allo spirito dell'Islam, non esiste una dottrina predominante sulle forme di governo e non ci sono ostacoli teologici all'adozione di una forma di governo monarchico, purché fornita di una legittimazione religiosa come, ad esempio, è il caso del Marocco.

Va segnalato, in merito, l'obbligo per i responsabili della cosa pubblica, in caso di disaccordo giuridico (*ikhtilâf*), di chiedere il parere delle autorità giuridico-religiose, anche al di fuori del territorio («E domandatene, se non sapete, a quelli che prima ricevettero il Monito», Cor. 16,43). Questo principio è servito spesso, nei contesti islamici, a mettere in discussione il ricorso alla volontà popolare per le deliberazioni di pubblico interesse. Esso ha fornito a lungo la base giuridica per i processi di laicizzazione e democratizzazione delle società islamiche (in contrasto con la sensibilità religiosa e l'orientamento politico di gran parte della popolazione), mentre oggi rappresenta soprattutto il paradigma utilizzato dai movimenti fondamentalisti per mettere sotto accusa le classi dirigenti, colpevoli di trascurare gli interessi della *umma* e del popolo, a favore di se stesse e di apparati stato-nazionali sostanzialmente funzionali agli interessi occidentali<sup>14</sup>.

In ogni caso, la dimensione giuspubblicistica, è centrale anche sul versante dell'interpretazione del diritto "privato". Il criterio supremo che guida l'interpretazione della legge è, infatti, in ultima analisi, l'integrità della *umma*. Si parla, in questo caso, di *istislâh* – «ricerca del bene pubblico» –, termine la cui radice *slh* richiama il concetto di *mâslaha*, o bene pubblico, appunto. La legge divina rappresenta «uno sforzo di razionalizzare un mondo nel quale il Profeta Muhammad trovò il caos».<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Il tema dell'"affollamento" dello scenario giuridico sul piano costituzionale è da qualche anno oggetto di numerosi studi. Ci limitiamo qui a segnalare: K. Jayasuriya, *Globalization Law, and the transformation of Sovereignty*, in *Indiana Journal of Global Studies*, 6/1999; K. Nowrot, *Legal Consequences of Globalizzazione: the State if Non-Governmental Organization Under International Law*, in *Indiana Journal of Legal Studies*, 6/1999; R. Higgins, *International Law in Changing International System*, in *The Cambridge Law Journal*, 58/1999; S. Hobe, *Global Challenge to Statehood: The Increasing Important Role of Nongovernmental Organization*, Indiana University, [www.globalpolicy.org](http://www.globalpolicy.org), June 1998; R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit. *Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, pp. 65 e ss. La crisi dello Stato nazionale è da tempo oggetto di numerosissime pubblicazioni, di cui non si tenta neanche di dare conto. Per un inquadramento generale, in connessione con le problematiche qui sollevate, cfr.: S. Gambino (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali*, Rimini, Maggioli, 1999; AA.VV., *Les mutations de l'Etat-Nation en Europe à l'aube du XXI siècle*, Strasbourg, 1998; M. Albertini, *Lo Stato nazionale*, Bologna, Il Mulino, 1997; S. Cassese - G. Guarino, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002; G. Poggi, *Lo Stato*, Bologna, Il Mulino, 1992 (spec. pp. 219 e ss.); D. Held, *Modelli di democrazia*, a cura di Verzichelli, Bologna, Il Mulino, 1997 (spec. pp. 459 e ss.). Ci pare qui utile dare qualche ulteriore indicazione sul tema "schmittiano", oggi spesso ripreso, del nesso tra teoria contemporanea dei diritti dell'uomo, globalismo giuridico e del cd "declino della politica". Cfr.: C. De Fiore, *"I diritti inviolabili dell'uomo tra crisi della sovranità e uso della forza"*, in *Politica del diritto*, 2000; P. Portinaro, *La crisi dello Jus Publicum Europaeum. Saggio su Carl C. Schmitt*, Milano, Edizioni di Comunità, 1982; S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1992; D. Zolo, *I signori della pace*, Roma Carocci, 2001; D. Zolo, *Chi dice umanità*, Torino, Einaudi, 2000; C. Galli, *Spazi politici*, Bologna, Il Mulino, 2001 (spec. pp. 131 e ss.).

<sup>14</sup> Cfr. K. Abou El Fadl, *Rebellion and violence in Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

<sup>15</sup> M. Khadduri, *Nature and Sources of Islamic Law*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 3, 1953-1954, 1-23. Fu Rashid Rida (m. 1935), discepolo di Muhammad 'Abduh (m. 1905), gran mufti d'Egitto, e fondatore, con lui, del movimento della *salafiyya* (ovvero il ritorno ai pii antenati (*salaf*) della società protomusulmana), ad introdurre il concetto di *maslaha*, ossia il concetto di pubblico interesse, come principio guida della riforma e della giurisprudenza ispirate all'Islam. Il movimento della riforma islamica, all'interno del costituzionalismo sciita, ebbe, come nucleo centrale, appunto il concetto di *maslaha*, che era stato marginale nella giurisprudenza tradizionale islamica ma che, con la rivoluzione khomeinista, diviene centrale nel campo costituzionale cfr. S.A. Arjomand, *Islamic Constitutionalism* in *Ann. Rev. Law. Soc. Sci.* 2007, pp. 124-125.

L'*istislâh*, principio di origine soprattutto malichita, inteso come principio del pubblico interesse, viene, infatti, considerato da diversi storici del diritto islamico, come una fonte che integra il metodo dell'*istihsân*, ossia della ricerca della soluzione migliore e della migliore opinione personale, fondata sulla tradizione, teorizzato soprattutto in ambito hanafita. Malgrado la dura opposizione di giuristi del calibro di Shafi, che vedeva nel principio dell'interesse generale una minaccia alla rigidità del sistema delle fonti, centrato sulla predominanza del Corano e della Sunna, il principio dell'interesse generale ha continuato a prosperare, nella storia islamica, «sotto l'ombrello» dell'*ijmâ'*, il principio del consenso dei dotti.<sup>16</sup>

La questione va vista alla luce del carattere orale e della dimensione comunitaria della originaria trasmissione dei testi sacri. Si narra, ad esempio, che già durante la vita del Profeta esistessero più versioni del Corano.<sup>17</sup> Di certo, la Rivelazione è avvenuta in modo graduale, come nello stesso Corano si legge, laddove si evidenzia anche il disappunto della popolazione per il carattere frammentario della narrazione.

La distinzione tra le sure del periodo meccano e quelle del periodo medinese è la traccia rimasta di questo processo. Per risolvere le aporie intertestuali del Corano, i giuristi islamici dell'età classica elaborarono il metodo del *naskh*, che significa "abrogazione".<sup>18</sup> Esso consiste, nel caso di contraddizione tra due versetti, nello scegliere quello più recente, applicando, cioè, il principio della "successione delle norme nel tempo". Originariamente, tale metodo era utilizzato per sanare le incongruenze del testo. Successivamente, esso ha avuto una funzione eminentemente geopolitica. I versi del periodo meccano, successivi a quelli del periodo medinese, durante il quale Muhammad dà inizio alla sua profezia in una chiave decisamente universalistica e con accenti ecumenici, sono segnati dall'esperienza della battaglia per riconquistare la città natale. Nei primi secoli dell'era islamica, dunque, il *jihâd* si legittima anche con la prevalenza della predicazione meccana su quella medinese. Ad esempio, in un passaggio del periodo medinese si legge: «O Negatori! – Io non adoro quel che voi adorare, - né voi adorare quel che io adoro; - ed io non venero quel che voi venerare, - né voi venerare quel che io venero: - voi avete la vostra religione, io la mia» (Cor. 109, 1-6). Si tratta, probabilmente, come è stato autorevolmente osservato, di una risposta negativa del Profeta a «una proposta degli idolatri meccani (...) di adorare alternamente Allah e i loro déi».<sup>19</sup> Essa, però, contiene un invito inequivocabile alla tolleranza reciproca tra le religioni. In un verso del periodo meccano, leggiamo invece: «Essi vorrebbero che voi rifiutaste la Fede come loro l'han

<sup>16</sup> Cfr. G. C. M. Guzzetti, *Islam*, cit., 114 e ss.; N. J. Coulson, *A History of Islamic Law*, 1964, p. 92. Cfr.: Majid Khadduri - Herbert J. Liebesny - Robert H. Jackson, *Origin and Development of Islamic Law*, The Middle East Institute, Washington D.C., 1955, pp. 102 e ss.; W. Menski, *Comparative law in a global context: the legal systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, 2006, pp. 333 e ss.; W. Hallaq, *A history of Islamic legal theories: an introduction to Sunnî uṣūl al-fiqh* (New York: Cambridge University Press, 1997); Id. *An introduction to Islamic law* (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2009). Id. *Shari'a: theory, practice, transformations* (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2009). Id. *The origins and evolution of Islamic law* (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2005); John Louis Esposito "Islam: The Straight Path" (1 edizione 1988, III edizione 2004), pp. 84 e ss.; A. Dahlen, *Islamic law, epistemology and modernity: legal philosophy in contemporary Iran*, New York, Routledge, pp. 98 e ss.; H. Lim, *Land, law and Islam: property and human rights in the Muslim world*, Volume 1, London, Zed Books Ltd, 2006, pp. 41 e ss.; B. Weiss, *Interpretation in Islamic Law: The Theory of Ijtihad*, *American Journal of Comparative Law*, XXXVI, 1978, pp. 199-212.

<sup>17</sup> A. Bausani, *Introduzione, traduzione e commento a Il Corano*, Milano, Rizzoli, 2008, pp. XXXIV e ss.; Muḥammad Taqī Uṣmānī, Rafiq Abdur Rehman *An approach to the Qurānic sciences: uloom-ul-Quran*, New Delhi, India: Adam Publishers, 2006, pp. 105 e ss., pp. 198 e ss. V. anche I seminari della Scuola Superiore Sant'Anna, a/a 2011-2012, Scuola Superiore Sant'Anna, <http://dev.sssup.it>

"Il "Soggetto" nell'Islam. Proposte di riflessione" è il titolo del seminario che la Professoressa Valentina Sagaria Rossi dell'Accademia Nazionale dei Lincei tiene mercoledì 26 maggio alle ore 14 nell'aula magna. Il seminario fa parte del corso a carattere interdisciplinare di Introduzione allo studio del pensiero giuridico e politico per la conoscenza delle società arabo-musulmane.

<sup>18</sup> In generale, v. Amin M. Sallam Al-Manasyeh Al-Btoush, *The question of abrogation (Naskh) in the Qur'an*, sull'applicazione concreta del metodo e sulle sue versioni fondamentali, pp. 33 e ss. V. inoltre: Joseph Edmund Lowry, *Early Islamic legal theory: the Risāla of Muhammad ibn Idrīs al-Shāfi'i*, pp. 98 e ss.; Yasin Dutton, *The origins of Islamic law: the Qur'an, the Muwatta' and Madinan 'Amal*, London, Routledge-Curzon, II ed., 2002, pp. 120-153, per un inquadramento dei problemi "cronologici" in generale.

<sup>19</sup> A. Bausani, *Introduzione, Traduzione e Commento a Il Corano*, Milano, Rizzoli, 2008, p. 733.

rifiutata e che diveniste uguali. Ma non prendetevi patroni di fra loro finché non abbian lasciato le loro case sulla via di Dio, e se poi volgon le spalle, prendeteli e uccideteli dove li trovate, ma non prendete patroni né alleati fra loro» (Cor. 4, 89). Qui l'invito al *jihād*, nella sua versione più bellicosa, non potrebbe essere più esplicito. Nel contesto *jihadico* dei primi secoli, per l'appunto, si tendeva a ritenere che quest'ultimo verso abrogasse il primo. Analogamente, i molti versi benevoli dedicati alla "Gente del Libro" (*ahl al-Kitàb*) furono considerati abrogati dal seguente verso di epoca meccana: «Combattetene coloro che non credono in Dio e nel Giorno Estremo, e che non ritengono illecito quel che Dio e il Suo Messaggero han dichiarato illecito, e coloro fra quelli cui fa data la Scrittura, che non s'attengono alla Religione della Verità. Combatteteli finché non paghino il tributo uno per uno, umiliati» (Cor. 9, 29). L'impossibilità della divergenza tra la volontà di Dio e quella della *umma* ha portato, poi, qualche studioso a teorizzare che, pur essendo vero che nell'Islam la sovranità appartiene a Dio (*al-hakimiyya li-Allah*, come ripetono i fondamentalisti), si potrebbe ipotizzare, proprio per le società islamiche, che – attraverso Dio – si affermi una sorta di sovranità del popolo.<sup>20</sup> È, infatti, la *umma* che, in ultima analisi, si fa garante dell'attuazione del messaggio coranico. Peraltro, il "popolo" di cui qui si parla è già un'entità politica determinatasi con la Rivelazione divina. Ad esempio, è impensabile che si possa utilizzare la volontà del popolo quale fondamento per una norma giuridica che escluda i principi sciaraitici dal sistema delle fonti, per la elementare ragione che una tale procedura sarebbe nient'altro che la prova della dissoluzione dell'elemento giuridico "popolo", ovvero dell'assenza di uno spazio pubblico e, dunque, dell'impossibilità materiale dello svolgersi di un'attività "politica" in senso tecnico.

## 2. Din wa dawla: costruzione sciaraitica dello spazio pubblico

Il concetto islamico di *government* si presenta, agli occhi occidentali, come un'ibridazione teologico-politica. Il Califfato, espressione suprema dell'organizzazione islamica dello spazio pubblico, è un contratto (*'aqd*) tra la *umma* ed il Califfo, che è rappresentante di Dio in terra (nel senso "notarile", non politico, della rappresentanza: egli, cioè, non è un "vicario" e nemmeno un "ministro" di Dio, ma una sorta di "curatore di interessi") e capo del potere esecutivo. Il califfato può essere acquisito attraverso la scelta della comunità, la designazione del successore da parte del predecessore o anche l'occupazione di fatto del potere. Le condizioni del contratto sono le seguenti: a) far osservare ed osservare la legge contenuta nella Rivelazione e nella tradizione; b) proteggere la vita ed i beni dei musulmani; c) amministrare la giustizia (attraverso i *qadi*); d) difendere il territorio, con l'esercito; e) amministrare i beni pubblici con equità e oculatezza. La *umma*, a sua volta, deve obbedire al califfo e supportarne l'impegno. L'ordinamento normativo per il governo della *umma* è fissato nella legislazione universale contenuta nei testi del Corano e della Sunna: «Nessuna legge o costituzione dello Stato potrà annullare la legge, la *shari'a*: potrà esservi solo se non contraria alla *shari'a*».<sup>21</sup>

I giuristi islamici definiscono, infatti, la religione (in arabo *din*) come «il sistema divino che conduce colui che lo segue sulla retta via alla virtù, in questa vita, e alla salvezza, nell'altra»<sup>22</sup>. Lo spazio pubblico è, dunque, *din wa dawla*, "religione e società".

La *shari'a* segna il percorso dell'espansione di quello spazio pubblico. La legittimità del sistema dei pubblici poteri è data, qui, proprio dal "collegamento" tra religione e società, dal *pathos* geopolitico che da questo scaturisce. Il diritto "secolare" alimenta la polarità politico-religiosa dell'Islam, ovvero ne incanala e razionalizza la *vis* espansionistica e territoriale. Nel cuore del diritto "secolare" si colloca l'attività legislativa, indicata dal termine *qanùn wad'i*, ovvero la legge positiva

<sup>20</sup> R. Bahlul, *People vs. God. The logic of "Divine Sovereignty" in Islamic Democratic Discourse*, Journal of Philosophy of International Law and Global Politics, V, 1, 2009. Per un inquadramento critico di questa tesi, alla luce della visione classica dell'Islam, v. I. Ahmad, *Sovereignty, Islamic and modern: conception of sovereignty in Islam*, Allies Book Corp., 1965, pp. 426 e ss.; S. Siddiqi, *Islam versus democracy: vis-a-vis Pakistan*, Royal Book Co., 1992, pp. 16 e ss.

<sup>21</sup> A. Predieri, *Sharī'ah e Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 85.

<sup>22</sup> Y. Qasim, *Mabadi' al-fiqh al-islami*, Il Cairo, Dar al-Nahda Al-'Arabiyya, Il Cairo, 1983, pp. 20 e ss.



emanata dal potere politico. L'espressione si è affermata, in particolare, nell'Impero Ottomano, ma non è unanimemente accettata. Ad esempio, dal momento che il potere legislativo può essere riconosciuto solo a Dio, in Arabia Saudita la norma statale viene definita "ordinanza" (*nizâm*). Resta, in ogni caso, per il musulmano, l'assoluta centralità della sfera giuspubblicistica. Contrariamente a quanto accaduto nell'ambito del Cristianesimo, quest'ultima non ha mai dovuto essere "difesa" (pensiamo a San Tommaso d'Aquino e a Marsilio da Padova) dall'accusa di essere il regno del male. Come è stato al riguardo notato, «ben al contrario dell'opinione comune e più diffusa, l'Islam non è mai stata una teocrazia»<sup>23</sup>. Non esiste, infatti, una Chiesa e nemmeno un sacerdozio nel senso tecnico del termine, perché non viene riconosciuta la possibilità di una mediazione fra la trascendenza e la dimensione umana. Il potere degli 'ulamâ' e quello dei califfi si sono alimentati a vicenda, senza mai confondersi, entrambi legittimati dall'impegno di rafforzare la *umma*. Il rapporto della versione islamica della "giuridicità" al territorio, nel senso schmittiano dell'espressione<sup>24</sup>, va inquadrato all'interno di questa polarità.

È alla luce di questa originaria concezione giuspubblicistica dell'Islam che meglio si comprende il problema della legittimazione sciaraitica dello spazio pubblico. Tale legittimazione ha una collocazione centrale nei processi di "modernizzazione" dei Paesi islamici ed ha rivestito un ruolo cruciale nella costruzione dei moderni sistemi dei poteri pubblici nei Paesi islamici dell'area mediterranea, quali l'Egitto (cfr. artt. 2, 9, 11, 12, 19 della Costituzione), l'Algeria (cfr. Preambolo e artt. 2 e 73 della Costituzione), la Tunisia (cfr. art. 38 della Costituzione) e il Marocco (cfr. Preambolo e art. 6 della Costituzione). Tale caratteristica della cultura islamica è andata accentuandosi e diffondendosi a partire dagli Anni Settanta del XX secolo, con progressivo ridimensionamento nella sensibilità pubblica della "patria regionale" (*wataniyya*) e della progettata "nazione araba" (*qawmiyya*), a favore della riaffermazione della prospettiva coranica della Casa dell'Islam – *dar al-Islam*<sup>25</sup>. Di qui il fenomeno, sopra accennato, della crescente *desecolarizzazione* dell'Islam, così sorprendente agli occhi occidentali, perché difficilmente inquadrabile nei tradizionali canoni storico-filosofici europei: la costante opera islamica di chiarificazione e distinzione del processo deduttivo della norma giuridica dalla volontà divina si presenta, infatti, in un'ottica storicistica tradizionale, come "ritorno alle origini" o "restaurazione teocratica", mentre, dal punto di vista islamico si tratta di un cammino in avanti, lungo il corso della *shari'a*.

### 3. *Universalità spaziale e temporale della umma*

L'universalità della *umma* va intesa non solo in senso spaziale, ma anche in senso temporale. Il rapporto dei musulmani con il passato non è storicistico, ma teologico politico, volendo usare categorie filosofiche del Novecento. La profezia di Muhammad, cioè, ha aperto l'ultima e più importante fase del tempo umano, il cui Ultimo Giorno sarà quello dell'assoluta affermazione della Parola Divina. Qui può cogliersi, ancora una volta, il fortissimo legame tra Islam e Cristianesimo. Una netta differenza tra i due consiste nel fatto che nell'Islam non c'è "mediazione" tra questo tempo e il tempo del compimento, così come non c'è mediazione tra la città di Dio e la città dell'Uomo. Nell'Islam c'è un'unica, radicale tensione verso il compimento, che tutto sublima in sé, ogni singolo episodio della storia e ogni singolo aspetto della vita: le differenze tra lo storico, il poeta e l'artista diventano minime, e a volte scompaiono. Sicché ciò che, per un Occidentale, è "solo" storia (l'assedio di Vienna del 1683 o le Crociate), per un Musulmano rigoroso è "proprio" storia, ovvero parte integrante della vita attuale. Sicché è riduttivo, da un punto di vista islamico, considerare la *umma* come la comunità che si forma intorno alla Rivelazione, quale risultato della

<sup>23</sup> M. Campanini, *Ideologia e politica nell'Islam*, cit., p. 110.

<sup>24</sup> C. Schmitt, *Il Custode della costituzione*. Milano, Giuffrè, 1981, pp. 50 e ss.

<sup>25</sup> Cfr. C. M. Guzzetti, *Islam*, cit., pp. 254 e ss. È in questa chiave che va letta la "duplicità" del ruolo che la religione islamica può assumere dal punto di vista politico: essa «può costituire un fattore di conservatorismo nelle mani dei governanti, che spesso l'hanno utilizzata come strumento per legittimare il loro potere e preservare lo *status quo*, ma può costituire anche un fattore di progresso e di opposizione nelle mani della popolazione; infatti, dal momento che la religione non è monopolio dei governanti, l'Islam può essere invocato anche dai governati, che spesso ne hanno fatto un veicolo della loro protesta» (L. Mezzetti, *I regimi costituzionali dei paesi islamici fra tradizione e innovazione*, in J. O. Frosini – L. Pegoraro (cur.), *Islam, democrazia e diritti*, Bologna, Clueb, 2007, pp. 49-50).

somma di tante adesioni individuali o collettive alla profezia di Muhammad. Essa va vista, piuttosto, come l'evento stesso della Rivelazione, in quanto l'Annuncio della profezia crea un vincolo tra i presenti analogo a quello che lega i testimoni in un processo penale. La "falsa testimonianza", che potrebbe realizzarsi anche solo attraverso una "condotta omissiva", in questo caso, si configurerebbe, secondo un'inequivocabile vocazione "autoritaria" della filosofia politico-giuridica islamica, come una vera e propria "offesa" a un interesse giuridicamente protetto, quale quello della razionale organizzazione dello spazio pubblico.

Siamo, dunque, di fronte a un vincolo oggettivo, di natura eminentemente giuridica, analogo a quello che vincola i testimoni.<sup>26</sup> L'evento non è che lo stesso Corano, ovvero la ripetizione delle sue sure. Laddove viene diffuso il contenuto della Rivelazione c'è già la *umma*. La *umma* non è mera conseguenza della Rivelazione, ma Rivelazione stessa, considerata sotto il profilo dell'obbligazione politica e giuridica. Senza la *umma* non è possibile attuare i tre principali obiettivi del messaggio coranico: la *hisba* (promuovere il bene e prevenire il male), l'*halàl* (perseguire cose lecite), l'*haràm* (evitare cose proibite): «Voi siete la migliore nazione (*umma*) mai suscitata fra gli uomini: promuovete la giustizia ed impedite l'ingiustizia, e credete in Dio. Ché se la Gente del Libro anche credesse, meglio sarebbe per loro. Fra di loro vi sono anche i credenti, ma i più sono gli empi» (Cor. 3, 110).

C'è chi ha voluto vedere nell'Islam una sorta di paradossale «religione del progresso», come Franz Rosenzweig, secondo cui l'Islam procede «come gli storici, incapace di connettere gli eventi», a differenza dell'ebraismo, che si colloca fuori della storia, ma individua in ogni istante il momento «in cui può sopraggiungere il Messia». Nell'Islam, inoltre, secondo Rosenzweig, l'assenza della mediazione (il Messia che viene perché «è in mezzo a voi», nell'ebraismo, e la Chiesa, nel Cristianesimo), fa sì che «l'idea di futuro» sia «avvelenata alla radice» per via del carattere individuale della rivelazione, della relazione con Dio. Così, «anche la storia è una somma di momenti staccati, caratterizzati dalla presenza dell'Imam o del leader di turno e la comunità è garantita da se stessa, dal semplice essere fedele». Rosenzweig azzarda, qui, un parallelo tra l'Islam e la storiografia intesa come storia degli eventi caratterizzati dai grandi uomini che fanno il bello e il cattivo tempo: «La storia e l'Islam sono incapaci di intendere il futuro. La loro idea di progresso (che c'è), è quella di un "progresso contro nulla". Si tratta della cattiva infinità di Hegel: il progresso infinito senza una meta ideale. Si capisce, dunque, come, nell'Islam, il credente rifiuti la santificazione del tempo presente, e quindi non sia in grado di ottemperare al compito assegnato da Deut. 30: "scegli la vita"». <sup>27</sup> Di certo, l'evoluzione del diritto islamico non può essere compresa a prescindere dal volontarismo e dalla *vis* espansionistica contenuti nella Rivelazione a Muhammad. Che poi quel volontarismo e quella *vis* abbiano una connotazione nichilistica, come chiaramente dice Rosenzweig, non è dato a noi dire. Certo, se così fosse, si potrebbe effettuare un confronto sulla comune radice di Islam e Occidente sul comune orizzonte "nichilistico".<sup>28</sup> Dovendoci noi, peraltro, occupare del diritto islamico, dal punto di vista del diritto pubblico comparato, dalle considerazioni riportate ricaviamo la conferma che il confronto con l'Islam deve rifuggire da astratti schematismi basati su una visione univoca e unitaria della civiltà umana ed essere accompagnata da una costante riflessione critica sulle stesse categorie del diritto occidentale.

#### 4. L'"espansione nomadica" dello spazio pubblico

Le varie formazioni stato-nazionali nate in ambito islamico hanno sempre avuto una radice di legittimità di tipo universalistico, dall'epoca dei quattro califfi "ben diretti" fino al declino del califfato turco. Il "califfo" fa le veci del Profeta, non per quel che riguarda la Rivelazione o la dottrina, bensì

<sup>26</sup> Cfr. T. Procaccianti, *Testimonianza*, Dig. Disc. pen., par. 7; O. Di Giovine, *Testimonianza (falsità di)*, ivi; G. La Cute, *Falsa testimonianza*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 2.

<sup>27</sup> Cfr. F. Rosenzweig, *La stella della redenzione* (1921), a cura di G. Bonola, Casale Monferrato, Marietti, 1985, pp. 242 e ss. Cfr. a S. Tagliacozzo, *La fine della storia e il pensiero narrativo*, in *Quaderni Radicali*, n. 29, luglio-settembre, 1990.

<sup>28</sup> È questa la tesi di E. Severino secondo cui Cristianesimo ed Islam appartengono al "grande passato dell'Occidente" e si trovano, ora, a combattere "il comune nemico mortale, cioè l'Europa moderna" con cui, peraltro, intrattengono un rapporto di intima unione. Cfr. E. Severino, *Dall'Islam a Prometeo*, Milano, Rizzoli, 2003.

per quel che riguarda l'organizzazione dello spazio pubblico, secondo principi fissati una volta per tutte nel Corano, rielaborati ed esplicitati dalla Sunna e adattati, in alcuni aspetti marginali, alle diverse circostanze geopolitiche, fatti salvi i principi fondamentali. Fin dalle origini, si registra nell'Islam una polarità fra «istintiva volontà di potenza» e «carattere sopranazionale della religione»<sup>29</sup>. Questo aspetto, che si cristallizza nel X secolo, quando si chiude la “porta dell’*ijtihād*”, è presente già nell'Islam delle origini e costituisce un paradigma fondamentale nello svolgimento della vita pubblica dei musulmani. Se è vero che, nell'epoca coloniale e post-coloniale, c'è stato un forte movimento panarabistico-nazionalistico, è anche vero che «i maggiori esponenti del radicalismo islamico hanno spesso richiamato la sostanziale incompatibilità tra Islam e nazionalismo»<sup>30</sup>. La dimensione nazionale e quella religiosa, nell'Islam, non sono mai tra loro separabili, nel senso che il “nazionalismo” islamico in senso stretto è una forma di universalismo (di qui l'opposizione delle correnti fondamentaliste ai regimi arabo-nazionalisti). Questo universalismo rappresenta, a sua volta, la chiave d'accesso islamica all'illuminismo umanitario e al solidarismo moderni. Ma tale universalismo può soggiacere anche ad un'interpretazione aggressiva, come di fatto accade nell'ambito dei movimenti islamistici radicali, dove esso funziona sia da base teorica per la costruzione integralistica dello spazio pubblico sia da strumento di legittimazione presso i ceti emarginati.

L'universalismo islamico sembrò sul punto di entrare in crisi nella fase della decolonizzazione e della formazione degli Stati nazionali arabi, accompagnata da forme più o meno accentuate di nazionalismo. Fu, peraltro, subito chiaro che il nazionalismo arabo non poteva costituire il vero collante del mondo islamico e le esperienze stato-nazionali nate nell'Islam mediterraneo si mostrarono non assimilabili, per forza e durevolezza, a quelle europee, tanto è vero che c'è chi ha parlato, forse con un po' di enfasi ma non senza mostrare con efficacia il problema, di “Stati senza nazioni”, riferendosi al fatto che la “nazione” per il marocchino o l'algerino restava e resta la *umma* islamica<sup>31</sup>.

In ogni caso, l'universalismo islamico conosce oggi una stagione di intenso “revival” a causa dei processi di globalizzazione e della crisi delle sovranità stato-nazionali: oggi più che mai il musulmano, sia egli residente nella terra dei padri o sia egli emigrato in Occidente, si sente prima tale, e poi, eventualmente, marocchino, egiziano o tunisino. Ciò offre, oggi, all'islam radicale la possibilità di un recupero, talora in chiave aggressiva, dell'universalismo, sulla base del fatto che i confini stato-nazionali si sono rivelati una pura “invenzione” dell'Occidente e che i “fratelli” musulmani sono ovunque, anche nel mondo islamico, sottoposti ad angherie e persecuzione.<sup>32</sup>

Del resto, l'islamizzazione, fin dalle origini della storia islamica, non consiste nella conquista di un determinato numero di adesioni alla Rivelazione di Muhammad, dentro uno spazio pubblico definito e giuridicamente presupposto, ma nell'espansione “nomadica” dello spazio pubblico, formatosi a seguito della Rivelazione stessa. Tale espansione riconosce non l'esistenza di “altri” spazi pubblici simmetricamente legittimi, ma esclusivamente “comunità”, meritevoli di protezione e di rispetto fin quando non si pongano in contrasto con gli interessi della *umma*<sup>33</sup>. È per questo che la «riarticolazione politica dell'intero mondo arabo» seguita al fallimento del “progetto egiziano” degli Anni Sessanta<sup>34</sup>, ha dovuto rapportarsi alla rinascita dell'“islamismo”, quale «frutto avvelenato» della crisi dell'arabismo<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> F. Gabrieli, *Gli Arabi*, Firenze, Sansoni, 1975, p. 90. Cfr. L. Veccia Vaglieri, *L'Islam da Maometto al secolo XVI*, Milano, Vallardi, 1963, pp. 225 e 55.

<sup>30</sup> P. Branca, *Musulmani*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 44.

<sup>31</sup> P.J. Viatikiotis, *Islam: Stati senza nazioni*, Milano, il Saggiatore, 1998; cfr. P. Branca, *Egitto, dalla civiltà dei Faraoni al mondo globale*, Milano, Jaca Book, 2007, pp. 107-120.

<sup>32</sup> Cfr. M. Campanini, *Storia del Medio Oriente. 1798-2006*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 152 e ss.; G. Kepel, *Il profeta e il faraone. I Fratelli Musulmani all'origine del movimento islamista*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 107 e ss.; B. Milton-Edwards, *Il fondamentalismo islamico dal 1945*, Roma, Salerno ed., 2010, pp. 74 e ss.

<sup>33</sup> A. Nangeroni, *Cosa dice il Corano. Breve Dizionario dell'Islam*, Milano, Xenia, 1990, p. 142; R. Caspar, *A historical Introduction to Islamic Theology*, Roma, Pontificio Istituto di Studi Arabi ed Islamistica, 1998, p. 65. V. anche le interessanti considerazioni di Pirenne sulla prima fase dell'espansione islamica, in H. Pirenne, *Maometto e Carlo Magno [1937]*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 140 e ss.

<sup>34</sup> Cfr. M. Oliviero, *Il Costituzionalismo dei Paesi Arabi, Le Costituzioni del Maghreb*, cit., pp. 29 e ss.

<sup>35</sup> Cfr. M. Campanini, *Ideologia e politica nell'Islam*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 151 e ss.

## 5. Polarità politico-religiosa dell'esperienza giuridica

Un Islam senza un'unità indissolubile tra religione e comunità, e senza che tale unità sia quanto meno riconosciuta e garantita all'interno delle strutture giuridiche e politiche, appare impensabile. La dimensione Stato-nazionale, per quanto possa essersi radicata nei secoli, resta comunque una "sovrapposizione" sulla *umma*, nella percezione islamica dello spazio pubblico<sup>36</sup>. È errato, però, nel caso dell'Islam, parlare di spirito teocratico: nulla è più lontano dalla sensibilità islamica del superamento della dualità fra dimensione umana e dimensione divina<sup>37</sup>. Tra le due vi è, piuttosto, una polarità costante: è necessario che i due poli siano ben visibili e distinti perché risalti meglio il loro collegamento, vale a dire la tensione che li unisce e che rappresenta il motore dell'espansione della *umma*. Nell'Islam, infatti, non si ha una delimitazione della giurisdizione su base territoriale, bensì l'inverso: l'elemento territoriale si determina nella giurisdizione islamica a seguito dell'espansione della *umma*. La storia dei Paesi più evoluti sulla via del costituzionalismo, quali – ad esempio – l'Egitto o la Turchia, si caratterizza proprio per il costante tentativo, da parte delle classi dirigenti, di "istituzionalizzare" quella polarità, vale a dire di inserirla in una sicura cornice giuridica, neutralizzandone gli effetti eversivi rispetto all'ordine politico, specialmente a partire dall'esaurimento della "alternativa comunista" al modello costituzionale e dal conseguente rafforzamento dell'alternativa islamista<sup>38</sup>.

Nell'Islam, infatti, non c'è "nazione", neanche quella cosiddetta "islamica", che possa rivendicare una potestà normativa. La volontà del popolo, infatti, vale non in sé stessa, ma in quanto manifestazione della volontà divina. O, per meglio dire, il "limite" alla sovranità non viene dai principi del costituzionalismo, ma dall'imperscrutabile volontà divina<sup>39</sup>.

Questo non vuol dire affatto, come si tende a pensare in Occidente, che l'Islam sia in sé autocratico. Esso, molto più radicalmente, non conosce – o non accetta – il paradigma individualistico posto alla base della nozione occidentale di "Stato", in quanto concepisce la nascita dello spazio pubblico come un "dono" divino, non come il prodotto di un'evoluzione storica dettata da esigenze umane. L'obiettivo precipuo della *siyāsa shar'iyya* resta, nei secoli, la *māslaha*, ossia la promozione e la difesa dell'interesse della *umma*, intesa come la migliore comunità mai esistita. Su questo principio si basa la teoria costituzionale islamica, molto esplicita, peraltro, nel limitare il potere dello Stato, soggiogando quest'ultimo al principio di legalità contenuto nella *shari'a*.

Anche nell'Islam, dunque, come nell'esperienza costituzionale occidentale, la legittimazione di un potere corrisponde all'individuazione del suo 'limite'. Il fondamento di tali procedure di individuazione è, naturalmente, ben diverso nelle due culture giuridiche. In Occidente esso è nei diritti indisponibili della persona. Nella cultura islamica esso è nella volontà di Dio, ovvero nell'interesse della *umma*. Del resto, è proprio questa tensione trascendente del sistema delle fonti, come abbiamo visto, a sostenere la costruzione islamica del principio di legalità<sup>40</sup>. La forza del *qadi* è nel suo dovere di attuare la *shari'a*<sup>41</sup>. Il potere giudiziario, quindi, è formalmente preminente rispetto al potere esecutivo, in quanto il giudice deve attuare la legge divina per promuovere la *māslaha*, ovvero il bene della collettività. Questo spiega la relativa autonomia di cui godono i giuristi nei Paesi islamici. Al tempo stesso, però, questa autonomia ha un fondamento geopolitico: l'eventuale dissenso del giudice rispetto al politico è sempre finalizzato al superiore interesse della *umma*, non certo all'affermazione di un astratto principio di legalità. L'interesse della *umma*, tuttavia, non va inteso come un generico interesse del "popolo", nel cui nome, al

<sup>36</sup> P.J. Viatikotis, *Islam: Stati senza nazioni*, Milano, Il Saggiatore, 1993, pp. 47 e ss.

<sup>37</sup> Cfr. M. Campanini, *Ideologia e politica nell'Islam*, cit., pp. 175 e ss.

<sup>38</sup> Cfr. R. Guolo, *L'Islam è compatibile con la democrazia?*, Roma-Bari, Laterza, pp. 52 e ss.

<sup>39</sup> Cfr.: C. Sbailò, *Il governo della Mezzaluna*, cit., pp. 77 e ss.; 'A. H. H. Al-'Ayli, *Al-hurriyyat al-'ammah*, Il Cairo, Dar Al-Fikr Al-Arabi, 1974, pp. 214-216; R. Bahlul, *People vs. God. The logic of 'Divine Sovereignty' in Islamic Democratic Discourse*, in *Journal of Philosophy of International Law and Global Politics*, V, 2009, 1.

<sup>40</sup> Cfr.: M. Oliviero, *Il Costituzionalismo dei Paesi Arabi*, cit., p. 7, n. 11; F. Castro, *Diritto Musulmano* [1990], in *Digesto. Discipline civilistiche*, Torino, UTET, 2010.

<sup>41</sup> M.H. Kamali, *Shari'ah Law*, Oxford, Oneworld, 2010, pp. 179-198.

limite, un capo politico potrebbe derogare all'insegnamento sciaraitico. Viene citato, in merito, il seguente *hadith*: «Non bisogna obbedire a nessun essere umano se ciò implica la disubbidienza al Creatore»<sup>42</sup>.

È vero, infatti, che la volontà popolare viene identificata con la volontà divina. Ma ciò presuppone, come s'è accennato, che l'entità "popolo" sia determinata su una base teologico-politica, il che comporta che il popolo *non può* volere qualche cosa di diverso da ciò che vuole Dio. Nella storia dell'Islam, fin dai tempi dell' "epoca d'oro" di al-Ma'mun, la ribellione popolare contro il potere politico ha sempre trovato il proprio fondamento di legittimità nel richiamo al Corano e alla *shari'a*, contro le tendenze "ellenizzanti" o, diremmo oggi, "filo-occidentali" delle classi dominanti.

È la strutturazione bi-polare del sistema concettuale a far sì che l'esperienza giuridica dell'Islam non sia trattabile attraverso la dicotomia diritto secolare / diritto religioso. Il diritto secolare, in quanto afferente agli interessi della *umma*, è anch'esso "religioso". Al suo interno, poi, viene isolata la sfera propriamente legislativa, indicata dal termine *qanūn wad'i*, ovvero la legge positiva, emanata dal potere politico, che si colloca molto in basso nel sistema delle fonti.

In ogni caso, l'ambito della legislazione positiva, nell'Islam, è quanto di più mutevole ci possa essere dal punto di vista giuridico, salvo che il potere politico non riesca a qualificarsi come garante della "stabilità sociale" e della tutela degli interessi della *umma* – valori islamici di primissimo piano – e a reclamare, dunque, legittimamente, un certo credito da parte della popolazione, nel qual caso la norma positiva si eleva di rango e può essere paragonata, per la sua efficacia, alla legge ordinaria nel sistema euro continentale delle fonti. Peraltro, si può parlare di un processo simmetrico, di islamizzazione della codificazione e di codificazione della *shari'a*. Sicché, la stessa "secolarizzazione" degli studi giuridici va considerata come un processo problematico, niente affatto diretto in maniera univoca verso la de-islamizzazione del diritto<sup>43</sup>. Non esistendo una Chiesa e nemmeno un *sacerdozio* nel senso tecnico del termine (CIC. IV, 1, VI; CCC, 1142, 1533-1600), perché non esiste la possibilità di una *mediazione* tra la trascendenza e la dimensione umana, il potere degli '*ulamà*' e quello dei califfi si sono alimentati a vicenda, senza mai confondersi, entrambi legittimati dall'impegno di rafforzare la *umma*, la cui tendenza autoespansiva è, dunque, un tratto distintivo e originario.

Questo punto può essere meglio compreso alla luce della versione islamica della "giuridicità" del territorio, nel senso schmittiano dell'espressione.<sup>44</sup> Lo spazio geopolitico è islamicamente rappresentato dalla parola *dar*, che significa "dimora". Quello spazio è suddiviso in tre grandi macroaree: *dar al-Islam* (casa dell'Islam), *dar al-harb* (casa della guerra) e *dar al-sulh* (casa della tregua). Il primo indica la *umma* propriamente detta, l'area in cui vige la legge coranica, che coincide con l'area in cui è arrivata la predicazione islamica. La Profezia viaggia, qui, insieme ai soldati dell'Islam. Nel *dar al-Islam* tutti i pagani sono obbligati a convertirsi, mentre ebrei e cristiani (*ahl al-Kitàb*, la "gente del libro", i monoteisti) possono continuare a praticare la loro religione, salvo sottomettersi alle norme sciaraitiche che regolano la vita pubblica e pagare, in molti casi, un tributo. Nel *dar al-harb*, invece, c'è l'inevitabile conflitto con chi si oppone all'espansione della *umma*. Mentre *dar al-sulh* – un concetto più recente degli altri, elaborato nella fase della massima espansione dell'Islam – sta ad indicare le aree non conquistate, ma con le cui popolazioni è possibile stabilire patti di non belligeranza.

<sup>42</sup> Cfr. Abu al-A'la al-Mawdudi, *Human Rights in Islam*, London, Islamic Foundation, 1976, pp. 33 e ss. Una posizione critica in merito viene sostenuta in H. Bielefeldt, *Western versus "Islamic" Human Rights Conceptions? A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights in Political Theory* 28 (1), February 2000, pp. 90–121. In ultima analisi, può rivelarsi secondaria anche la defezione islamica del capo politico, rispetto all'impegno di quest'ultimo di promuovere gli interessi della comunità istituita da Dio. Si tratta, peraltro, di un concetto di origine biblica (v., ad esempio, il ruolo assegnato da Dio a Ciro, "inconsapevole", in Isaia 45. 1. 4,6).

<sup>43</sup> F. Castro, *Qanūn*, in *Dig. Discipl. Civ.*, 1997.

<sup>44</sup> C. Schmitt, *Il Nomos della Terra*, Milano, Adelphi, 1991, pp. 50 e ss.

La cosiddetta “guerra santa” – *jihād* – riguarda, ovviamente, il *dar al-harb*.<sup>45</sup> Molto s’è scritto su questo concetto, specialmente dopo gli attentati dell’11 settembre 2011. In tanti si sono adoperati per spiegare che quella parola indica uno “sforzo”, che deve riguardare soprattutto il cammino interiore del singolo musulmano verso Dio. Se così fosse, ci troveremmo di fronte a una delle tante forme di religiosità intimistica e spirituale sviluppatasi nell’ambito delle grandi religioni orientali. È vero che la parola *jihād* indica lo sforzo interiore per la comprensione del significato intimo della profezia. Ma è anche vero che parte integrante di detta comprensione consiste nell’impegno per la sottomissione degli uomini a Dio: l’“azione”, nell’Islam classico, non è una conseguenza del conoscere, ma una parte integrante di questo.

## 6. Principio di legalità, limitazione della sovranità e diritti umani nella desecolarizzazione del diritto

La consapevolezza della radice geopolitica dell’esperienza giuridica non deve fare ombra al fatto che anche nel diritto islamico, come in quello occidentale, come in quella occidentale, la garanzia del principio di legalità viene ritrovata nella limitazione della sovranità. Anche in questo caso, il principio *nulla poena sine lege* s’accompagna, infatti, al vincolo sciaraitico per tutte le decisioni prese dal potere politico. Non pare qui il caso di soffermarsi sulla paragonabilità di un tale principio con lo “stato di diritto”, sia esso inteso come *Rule of law* o come *Rechtsstaat*. Si tratta di contesti geopolitici molto diversi tra loro. Il *Common law* e il *Civil law*, nelle loro evoluzioni costituzionalistiche, presuppongono il principio di sovranità, la cui limitazione, paradossalmente, viene individuata, in particolare dopo la Seconda guerra mondiale, come l’unica vera garanzia del principio di legalità e del rispetto dei diritti fondamentali. Nell’Islam, al contrario, la negazione del principio di sovranità non rappresenta un’acquisizione storica, bensì un postulato del sistema giuridico: il motto *Regis voluntas suprema lex*<sup>46</sup> – nella sua interpretazione assolutistica – non avrebbe potuto trovare qui accoglienza.<sup>47</sup> Certamente, la capricciosità del vertice politico è stata sperimentata dalle popolazioni islamiche,<sup>48</sup> ma mai la volontà di un uomo o di un gruppo hanno mai avuto la dignità di fonte giuridica. Il potere ha sempre una fonte di legittimazione in una limitazione di tipo extra politico e metagiuridico: quando il *qadī* giudica l’autorità politica non lo fa in

<sup>45</sup> La letteratura in materia è sterminata e il suo volume s’è accresciuto dopo gli attentati dell’11 settembre 2001. Sulle fonti classiche del diritto internazionale islamico, cfr.: M. Khadduri, *Islamic Law of Nations: Shaybani’s “Siyar”*, Johns Hopkins University Press, 1966; D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, Volume 1, “A.R.E.” Anonima romana editoriale, 1925. Uno degli aspetti “classici”, tornato d’attualità, è quello del trattamento dei prigionieri. Cfr.: F. Castro, *Gihad*, Dig. Disciple. Civil., 1993; G. Hyder, *Islam, Law and War*, eLaw J. 13, 140 (2006); M. Khadduri, *Foreigners in Muslim Territory: Harbīs and Musta’mins. War and Peace in the Law of Islam*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 2006; N. Yakoob - Aimen Mir, *A Contextual Approach to Improving Asylum Law and Practices in the Middle East* in Y. Y. Haddad, B. F. Stowasser. *Islamic Law and the Challenges of Modernity*. Walnut Creek, CA, AltaMira Press, 2004, pp. 99-131; S. T. Troy, *Jihād’s Captives: Prisoners of War in Islam*, U.S. A.F. Acad. J. Legal Stud. 12 (2002-2003), pp.87-101. In generale, sui profili gius-internazionalisti, tra i lavori più recenti, cfr.: Sheikh Wahbeh Al-Zuhili, *Islam and International Law*, in *International review of the Red Cross*, 81, 2005, pp. 269-283 (poi in M. A. Baderin, *International Law and Islamic law*, Burlington, vt, ashgate, 2008); M. Khadduri, *War and peace in the law of Islam*, Clark, N.J., Lawbook Exchange, 2006. Per quell che riguarda, specificamente, il terrorismo, cfr. J. Rehman, *Islamic state practices, international law and the threat from terrorism: a critique of the ‘clash of civilizations’ in the new world order*, Portland, or, hart, 2005. Sul tema delle vittime civili, v. F. S. Shad, I Shah Alam, Malaysia, University Publication Centre, Universiti Teknologi MARA, 2006; L. Ali Khan, *Theory of International Terrorism: Understanding Islamic Militancy*, Leiden, (The Netherlands) Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic, June 2006; D. A. Schwartz, *International Terrorism and Islamic Law*, 29 Colum. J. Transnat’l L. 629 (1991). Sulla mutevolezza storica del diritto internazionale islamico e sul suo carattere non dogmatico cfr.: M. G. Badr, *A Survey of Islamic International Law*, Am. Soc’y Int’l L. Proc. 76 56 (1982); R. H. Salmi - C. Abid Majul - G. K. Tanham, *Islam and Conflict Resolution: Theories and Practices*, University Press of America, Lanham, MD, 1998, pp. 71 e ss. Di particolare interesse, in merito, il caso dei musulmani in territorio cinese, considerato “casa della guerra”. Cfr. A. A. An-Na’im, *Islamic Law, International Relations, and Human Rights: Challenge and Response*, 20 Cornell Int’l L.J. 317, 1987; A. Crisma, *Islam in China*, in «Mediterranean Journal of Human Rights», 8/1, 2004, pp. 349-359. In generale, con riferimento anche al caso italiano, cfr. G. Rivetti, *Islam-Occidente. Nuove identità religiose* in P. Picozza – G. Rivetti, *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 71-102. Per un inquadramento in termini di cultura strategica-militare cfr. S. Klein, *Is Islam Compatible with the Constitution?*, Bloomington, Indiana, 2010, pp. 115-231.

<sup>46</sup> Ci rifacciamo, qui, al rifacimento cesareo, probabilmente attribuibile a Guglielmo II di Germania (*des Königs wille ist oberstes Gesetz*), della locuzione latina *Salus populi suprema lex est* (Cicerone, *De Leg.*, IV), resa famosa alla fine del secolo XIX da Friedrich Engels nell’*Introduzione* del 1895 a *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850* di Karl Marx.

nome del sistema dei poteri pubblici ai cui vertici l'autorità è collocata e di cui lo stesso *qadi* è parte, ma in quanto rappresentante dei supremi interessi della Comunità e dell'attuazione del messaggio coranico. Infatti, nessun sistema dei poteri pubblici sarebbe, da un punto di vista islamico, concepibile, se non avesse come fondamento la *shari'a* e come fine l'attuazione dell'insegnamento del Profeta: «Non bisogna obbedire a nessun essere umano se ciò implica la disubbidienza al Creatore» recita un *hadith*.<sup>49</sup> Analogo fondamento teologico ha il principio della non punibilità di chi non conosce la legge: «Noi non castigammo mai senza aver prima inviato un Messaggero Divino» (Cor. 17,15), «e messaggeri mandammo annunziatori e ammonitori, perché gli uomini non avessero più alcun argomento da portare contro Dio, dopo l'invio dei Messaggeri divini; e Dio è potente e saggio» (Cor. 4,165). Il principio *Ignorantia legis non excusat*, nell'Islam, non ha carattere assoluto: esso vale solo dopo che si sia costituito lo spazio pubblico a seguito dell'espansione della *umma*. Ma a ben vedere, qualcosa di analogo accade in Occidente, dove quel principio si consolida in Occidente, nell'epoca delle codificazioni fino a diventare un pilastro portante dell'intero "edificio del giure" positivo, in quanto diretta emanazione del principio di legalità. La sua erosione procede in parallelo con l'indebolimento del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, in corrispondenza con i processi che oggi definiamo di "globalismo giuridico".

Peraltro, la ricostruibilità del principio della presunzione di conoscenza della legge sulla base del principio di legalità, a sua volta, fondata sull'esistenza di uno spazio pubblico costruito secondo i paradigmi della sovranità statale. Laddove, però, questi paradigmi comincino a mostrare i segni dei tempi,<sup>50</sup> lo stesso principio della presunzione della conoscenza della legge va in crisi, insieme alla panoplia di massime giuridiche che concorrono definire il principio di legalità.<sup>51</sup> Peraltro, la messa

<sup>47</sup> Cfr. R. Schulze, *Il mondo islamico nel XX secolo. Politica e società civile*, Milano, Feltrinelli, pp.61 e ss.; N. Berry, *Società civile, religione e islam*, in A. Yayla (a cura di), *Islam ed economia di mercato*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2005, pp. 3-23; R. Pezzimenti, *Il pensiero politico islamico del '900. Tra riformismo, restaurazione e laicismo*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2006, pp. 61 e ss.; R. Bahlul, prospettive islamiche del costituzionalismo, in P. Costa - D. Zolo - E. Santoro (a cura di), *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 617-645; L. Babès, *L'identité islamique européenne selon Tariq Ramadan*, in *Islam de France*, 8, Parigi, 2000; K.M. Finan, *Tariq Ramadan: le parcours d'un musulman atipique*, in *Cité*, Parigi, novembre 2003.

<sup>48</sup> Una delle fonti «di confusione sulla natura costituzionale di uno Stato islamico sharaitico deriva – secondo An-Na'im – dal credere che il califfo non fosse un governante assoluto e dispotico perché, come ogni altro musulmano, era vincolato alla Shari'a. ma poiché il califfo stesso era la massima autorità che decideva su quali fossero le regole della Shari'a e su come andassero applicato in ogni caso specifico, era cioè l'autorità legislativa suprema oltre ah cela suprema autorità esecutiva e giudiziaria, il limite impostogli dalla Shari'a era di scarso valore pratico» (A. A. An-Na'im, *Riforma islamica*, cit., p. 114). L'Autore, peraltro, come ricorda Danilo Zolo nella prefazione, appartiene alla «corrente dell'Islam riformista», ed ha un dichiarato approccio polemico con il passato. Per una discussione sul punto, cfr. Parte I, cap. II, par. 8 e L. Mezzetti, *I regimi costituzionali dei paesi islamici fra tradizione e innovazione*, cit.

<sup>49</sup> Cfr. M. H. Kamali, *Shari'ah Law...*, cit., pp. 180-181.

<sup>50</sup> Cfr.: P. Barcellona, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, Dedalo, 1998, spec. pp. 325 e ss.; S. Andò, *Crisi della sovranità o ordine internazionale stato-centrico? 'Tertium datur'*, "Politica del Diritto", 2/2002; C. Sbailò, *Techné, Politics, Human rights. Millenium-eve Considerations on some Aspects of Globalization*, "Mediterranean Journal of Human Rights", vol. 3, no. 2, 1999. Sono processi che comportano una crisi di paradigmi giuridici (cfr. M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2000) e concettuali in senso lato (cfr. C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001, spec. pp. 131 e ss.; C. Sbailò, *Schmitt o Leopardi. Quale politica nell'età della deterritorializzazione*, "Politica del Diritto", XXXIII, 1, 2001, pp. 111-135). Come ha dimostrato D. Held ( *Modelli di democrazia*, (a cura di) Verzichelli, Bologna, 1996), la crisi delle democrazie nasce dal progressivo venir meno della congruenza e della simmetria tra agenti decisori e ambiti in cui le decisioni hanno effetto. Cfr. inoltre L. Bonanate, *Una giornata del mondo. Le contraddizioni della teoria democratica*, Milano, 96, p.123; C. Pinelli, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, cit., p.1287, nota 80; nonché, sulle nuove frontiere del costituzionalismo, A. Barbera, (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., pp.2 e ss. Held, inoltre, ha affrontato il rapporto tra processo democratico e globalizzazione, arrivando a ipotizzare la possibilità di costruire sistemi democratici al di fuori del paradigma stato-nazionale. Si confronti, oltre al già citato *Modelli di democrazia*, *Democracy and Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge 1995 p.136, *Democracy: from City-states to a Cosmopolitan order in "Political Studies"*, 40, Special Issue, 1992 e *Global Transformations*, Oxford, 1999. Sull'argomento cfr. anche: M. Kaldor, *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell'età globale*, Roma, 2001; S. Andò, *Il declino della neutralità nell'attuale fase del costituzionalismo europeo*, Padova, Cedam, 2002, pp. 368 ss. .

<sup>51</sup> Cfr. G. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, Dig. Discipl. Pen., 1994. V. anche le riflessioni schmittiane sull'art. 227 parte VII del Trattato di Versailles, rivolto contro l'Imperatore tedesco Guglielmo II., in C. Schmitt, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*, Milano, Adelphi, 1998, pp. 341 e ss..

in discussione del principio di sovranità avviene non solo esplicitamente per motivi “umanitari”, ma anche, implicitamente, per effetto della copiosa proliferazione delle norme giuridiche e del sovvertimento del sistema delle fonti nel mondo contemporaneo, dovuti ai cosiddetti processi di globalizzazione.<sup>52</sup>

Per certi aspetti, si può dire che, come affermano influenti pensatori islamici contemporanei, nel diritto islamico tali problemi siano risolti *ab origine* e in maniera radicale. Il grande pluralismo giuridico dell’Islam, infatti, fa sì che la creazione delle fattispecie penali non sia integralmente riconducibile alla sovranità statale, ma soggiaccia a una continua “negoziante” tra il decisore politico, la Comunità e il giudice stesso. Sicché, come accade in altri sistemi giuridici non europei, «le fattispecie criminose sono poco determinate e notevolmente ridotte in numero, mentre varietà e fantasia vengono recuperate nella descrizione della sanzione e nella dimensione applicativa, che risulta alquanto ritualizzata».<sup>53</sup>

Insomma, come già accennato, potrebbe stabilirsi un’analogia tra la problematicità (crescente) del principio di legalità in ambito islamico e la medesima problematicità riscontrata in Occidente nell’età della crisi del “modello vestfaliano”. Ci troviamo, in entrambi i casi, di fronte ad una «radicale diversità delle fonti del diritto», alla «riconosciuta ammissibilità dell’analogia e persino all’eventualità che vi sia la creazione della norma incriminatrice da parte del giudice», sia pure previamente determinata, rispetto al momento del processo.<sup>54</sup> La citata sentenza della Corte costituzionale, evidentemente, conduce ad un drastico ridimensionamento della massima della presunzione di conoscenza della legge. Ma questo ridimensionamento si legittima sulla base di una dipendenza logica di quella massima dal principio ordinatore dello spazio pubblico in Occidente, la sovranità territoriale, per l’appunto, intesa come monopolio statale della coercizione fisica legittima. Per quel che riguarda il diritto islamico, analogamente, la massima della presunzione della conoscenza della legge è valida solo nello spazio giuridicamente definito dalla Rivelazione. Laddove vi sia stata annunciata la profezia di Muhammad e si sia, di conseguenza, stabilita la sovranità divina, l’ignoranza della legge è inescusabile. Ma se, ad esempio, il *jihād* porta al controllo islamico di un territorio, è solo dopo la pubblica affermazione di quell’*imperium* che può essere legittimamente applicata la *shari’a*. In questo caso la non conoscenza dei principi della *shari’a* si connoterebbe come un attentato alla sovranità divina e all’integrità della *umma*.

Peraltro, come si accennava, il riconoscimento di fonti del diritto non trattabili “dal basso”, vale a dire di fonti non identificabili da apposite norme “di riconoscimento”, ma collocate nel cielo di valori santi e immutabili, e dunque di difficile traduzione giuridica immediata, non pare essere più, da qualche tempo, una prerogativa del diritto islamico. Secondo più di uno studioso, qualcosa di simile sta accadendo anche nel diritto occidentale, per effetto dell’universale affermazione della

---

<sup>52</sup> L. Cuocolo, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 194. Su alcuni risvolti giuspubblicistici, con riferimento alla crisi della rappresentanza, cfr., su questo punto, N. Lupo, *I “tempi” della decisione nel rapporto tra Assemblee elettive ed Esecutivi*, Amministrazione in cammino, [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it) 2010. La Corte Costituzionale Italiana, ad esempio, ha ritenuto che la massima della presunzione di innocenza, non possa essere applicata nei casi di ignoranza inevitabile (Cort. Cost. Sent. 364/1988) ed ha legittimato l’errore nell’interpretazione della norma quando questa sia riconducibile ad una “oggettiva oscurità” della norma stessa. Cfr. G. Vassalli, *Nullum poena sine lege*, in *Dig. Discipl. Pen.*, 1994.

<sup>53</sup> E. Grande, *Reato in diritto comparato*, Digesto. Discipl. Pen., vol. XI, 1996. Il caso dell’adulterio è stato considerato, in merito, emblematico. La definizione di esso data dalla scuola hanafita sarebbe, in teoria, applicabile a entrambi i sessi. Di fatto, le numerose eccezioni introdotte sul piano processuale e la stratificazione delle varianti legate allo statuto personale hanno avuto grande impatto sulla sanzione, a svantaggio della donna, e nessun impatto sulla fattispecie. Nell’Islam, il *Tazir*, ovvero il principio della punizione corporale che può essere somministrata a discrezione del giudice, ha conosciuto, tra la fine del XX e l’inizio del XXI secolo, una stagione di revival, dopo alcuni decenni in cui esso sembrava destinato a essere abbandonato, a favore dei criteri legalistici della tradizione occidentale. Cfr. S. Kelly - J. Breslin, *Women’s rights in the Middle East and North Africa: progress amid resistance*, New York, Washington, D.C., Freedom House, 2010; J. M. Otto, *Shari’ah Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden, Leiden University Press, 2010; T. Davis - B. Galligan, *Human Rights in Asia*, Edward Elgar Pub, 2011.

<sup>54</sup> G. Vassalli, *Nullum poena sine lege*, cit.



dottrina del primato dei diritti umani.<sup>55</sup> Stiamo parlando, ovviamente, di fonti da ritenersi “giuridiche” a tutto tondo. Si tratta, semmai, di individuare le “modalità” con cui il diritto naturale viene riconosciuto all’interno del diritto positivo.<sup>56</sup> Ora, sul piano prettamente *logico-sistematico*, la collocazione della *shari’a* nel sistema islamico delle fonti, sembra, per certi versi, essere analoga a quella occupata dai diritti umani in alcune costituzioni occidentali. Ci riferiamo, in particolare, all’art. 2 della Costituzione italiana, la cui modifica, nel senso di una negazione del riconoscimento dei diritti umani, comporterebbe una rottura dell’ordine costituzionale o, per meglio dire, sarebbe la dimostrazione del fatto che l’ordine costituzionale ha cessato di esistere. L’invulnerabilità, qui, è qualche cosa di più della mera “irriducibilità” di un articolo, così come la “legittimità” di una norma non può essere ridotta alla sua mera legalità formale. È il rispetto dei diritti umani, infatti, «a contrassegnare primariamente la ‘legittimità’ dell’azione della maggioranza e delle decisioni di questa, e non viceversa».<sup>57</sup> Il “riconoscimento” sta, qui, per una presa d’atto, per una scoperta, che dà luogo a un’obbligazione giuridica.<sup>58</sup> In particolare il “limite” della sovranità popolare, di cui all’art. 1, è – per così dire – incardinato sul riferimento extracostituzionale contenuto nell’art. 2. L’affermazione del principio della sovranità popolare, infatti, comporta il divieto assoluto di autolegittimazione degli organi di governo, i quali dovranno sempre, in ultima analisi, “dedurre” giuridicamente la propria legittimità dalla sovranità. D’altra parte, tale “deduzione”, che costituisce poi il motore della dinamica statale, è, a sua volta, strumentale rispetto all’affermazione dei valori umanitari e universalistici di cui all’art. 2 Cost. tanto che questi ultimi costituiscono il fondamento ultimo delle “limitazioni” alla sovranità popolare (art. 1), del principio della separazione dei poteri, della ragione della rigidità della Costituzione (art. 138) e della giustificazione del superamento del principio della sovranità nazionale (art. 11).<sup>59</sup> Il caso italiano, peraltro, è emblematico di una tendenza affermata nel Costituzionalismo occidentale del Secondo Dopoguerra (v. art. 20 Legge fondamentale Germania). Analogamente, negli ordinamenti giuridici nei quali si riconosce la preminenza della fonte sciaraitica, la *shari’a* è la fonte sia del principio di legalità, sia della solidarietà con la comunità islamica mondiale, nonché della messa in discussione, in alcune circostanze, del principio di sovranità nazionale in nome degli interessi della *umma*. La comunità politica, da un punto di vista rigorosamente islamico, non è “libera” di rifiutare la *shari’a*, espressione della volontà divina, così come la comunità del popolo di una democrazia

<sup>55</sup> È il tema di origine “schmittiana”, oggi spesso ripreso, del nesso tra teoria contemporanea dei diritti dell’uomo, globalismo giuridico e del cd “declino della politica”. Cfr.: C. De Fiore, “I diritti inviolabili dell’uomo tra crisi della sovranità e uso della forza”, in *Politica del diritto*, 2000; P. Portinaro, *La crisi dello Jus Publicum Europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, 1982; S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992; D. Zolo, *I signori della pace*, Torino, 2001; D. Zolo, *Chi dice umanità*, Torino, 2000; C. Galli, *Spazi politici*, Bologna, 2001 (spec. pp. 131 e ss.); C. Sbaillò, *Schmitt o Leopardi: quale politica nell’età della deterritorializzazione*, *Politica del diritto* Numero: 1, marzo 2002, pp. 111-136.

<sup>56</sup> Per una ricostruzione, anche in termini bibliografici, del dibattito su questo punto, si rimanda a F. Viola, *I diritti umani alla prova del diritto naturale*, *Persona y derecho*, 23 (2), 1990, pp. 101-128.

<sup>57</sup> A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 90 e ss.

<sup>58</sup> A. Ruggeri, “Nuovi” diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti Di Celso*, II, Padova, Cedam, 1995, pp. 631-632.

<sup>59</sup> Sul punto cfr.: G. Bongiovanni, *Diritti individuali e libertà*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 67-92. Sul dibattito relativo alle implicazioni istituzionali e politiche, specialmente con riferimento alla tutela effettiva dei diritti, cfr.: A. Barbera, *Commento all’art.2*, in *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, pp. 50-122. La posizione di Barbera, che considera riduttiva la visione “soggettiva” dei diritti e li fa discendere da specifici istituti di libertà, è vicina a quella di Häberle (cfr. P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Firenze, La Nuova Italia, 1993), che a sua volta sviluppa una dottrina costituzionale come “scienza della cultura” che ambisce, a giudizio di chi scrive del tutto legittimamente e con grandi probabilità di successo, a divenire la risposta della cultura giuridica europea ai mutamenti epocali del periodo a cavallo tra il XX e il XXI secolo. In ogni caso, tanto dai lavori di Barbera che di Häberle appare evidente che la centralità dei diritti fondamentali negli ordinamenti giuridici occidentali ha una radice filosofica che ha a che fare con il modo di concepire la stessa persona umana. Sul tema del “riconoscimento” dei diritti e sulle conseguenze giuridiche di tale riconoscimento cfr.: A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, Treccani, 1989; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1989; G. Peces Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1993. Sui fondamenti filosofici di tale “riconoscimento”, con particolare alla filosofia critica, cfr.: N. Bobbio, *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino, Giappichelli, 1969. Sulla continuità dei criteri sulla cui base sono attribuiti i diritti – personalità, capacità di agire e cittadinanza – in contrapposizione al mutare, in senso espansivo, del loro significato sociale, cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 9-36, 279-295.

costituzionale non è “libera” di rifiutare il rispetto dei diritti umani: in entrambi i casi, si avrebbe la delegittimazione della comunità politica.

Questa precisazione ci aiuta, qui, a focalizzare la questione dei diritti umani nel mondo islamico. È evidente, infatti, che l'espressione “diritti umani”, in ambito islamico, ha un significato di tipo religioso. Si prenda, ad esempio, un documento giustamente considerato importante, come la Dichiarazione dei diritti dell'Uomo nell'Islam del 1981, il cui incipit è il seguente: “Da quattordici secoli l'Islam ha presentato in forma di legge divina (la *shari'a*) i ‘Diritti dell'Uomo’ nella loro globalità e nelle loro implicazioni”. E fin qui, siamo all'interpretazione storica. Ma poi si dice che l'Islam è “l'ultimo (nel senso di definitivo e perfetto) dei messaggi venuti dal cielo” e che “l'intelletto umano è incapace di delineare la via migliore per la vita umana”. La dichiarazione del 1990 (Il Cairo) è più vicina alla sensibilità occidentale, ma vi si legge comunque che la *umma* è “la migliore comunità che Dio ha creato” (preambolo) e che l'Islam è la “religione naturale” dell'uomo.<sup>60</sup>

La *shari'a* resta, dunque, per i musulmani, il presupposto del riconoscimento della giuridicità di qualsiasi dichiarazione.<sup>61</sup>

In merito, si tende a ritenere che ciò derivi dal fatto che l'Islam non ha conosciuto il processo di “disincantamento del mondo” e di razionalizzazione del diritto, descritto nell'opera weberiana, e in forza del quale si ha una radicale distinzione tra peccato e reato, dalla quale, nell'Europa continentale, discendono due conseguenze importanti: a) il fatto che la norma giuridica poggia sempre su un'altra norma giuridica, e non, ad esempio, su di una rivelazione divina; b) la responsabilità va sempre e solo riferita a comportamenti specifici, ed è pertanto sempre e solo individuale.<sup>62</sup> Senza voler qui mettere in discussione la validità euristica di tale approccio, proponiamo di provare ad adottare anche un diverso paradigma, e cioè non quello della misconoscenza, bensì del *consapevole rifiuto* della secolarizzazione, in forza di una visione del

<sup>60</sup> Per le fonti, cfr.: P. Ungari - M. Modica (a cura di), *Per una convergenza mediterranea sui diritti dell'uomo*, Roma, LUISS, 1997. Per un'analisi critica delle fonti, in riferimento ai diritti dell'uomo, cfr. A. Pacini (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Torino, Fondazione Giovanni Agnelli, 1998.

<sup>61</sup> Il tema è diventato particolarmente caldo dopo le svolte costituzionali dell'Afghanistan e Iraq. Ma esso si era già affacciato alla fine degli anni Novanta. Cfr.: AA. VV., *Les Constitutions de pays arabes*. Colloque de Beyrouth 1998, Bruxelles, Bruxelles, 1999; AA. VV., *Recueil des Constitutions des pays arabes*, Bruxelles, 2000; AA. VV., *Constitution et droit international*, Tunis, 2000; A. Amor, *Constitutions et religion dans les Etats musulmans*, in «Conscience et liberté», 54, 1997, pp. 55-69.; Id., *Constitution et religion dans les Etats musulmans (II): la nature dell'Etat*, in «Conscience et liberté», n. 55, 1998, pp. 122-141.; Id., *Les Etats arabes et le constitutionnalisme*, in «Revue Tunisienne de droit», 1990, pp. 25-40.; F.S. Azzam, *Arab Constitutional Guarantees of Civil and Political Rights: a Comparative Analysis*, Cairo, 1996.; M.N. Bâ, *L'Evolution du droit constitutionnel marocain de l'indépendance aux récentes réformes*, in AA. VV., *Etudes de droit constitutionnel*, Tunis, 1999, pp. 9-20; R. Bahlul, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in P. Costa - D. Zolo (a cura di), con la collaborazione di E. Santoro, *Lo Stato di diritto*, Milano, 2002, pp. 617-645; S. Belaid, *De quelques problèmes posés par l'application de la norme constitutionnelle*, in «Revue Tunisienne de Droit», 1983, pp. 17-37; Y. Ben Achour, *Islam et Constitution*, in «Revue Tunisienne de Droit», 1974, pp. 77-121; Id., *La suprématie de la Constitution. Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, Volume I, Casablanca, 1986; Id., *Conclusions Générales*, in AA. VV., *Les Constitutions des Pays arabes*, Bruxelles, 1999; N.A. Bernoussi, *Le contrôle de constitutionnalité au Maghreb. Essai d'interprétation de l'action des organes de contrôle en Algérie, au Maroc et en Tunisie*, voll. I e II, Thèse pour l'obtention du doctorat d'Etat en droit, Université Mohamed V, Faculté des Sciences juridiques, économiques et sociales de Rabat, 1998; N.J. Brown, *Constitutionalism and Judicial Review in the Arab World*, 30Th Annual Meeting, Middle East Studies Association, Providence, Rhode Island, 1996; Id., *Constitutions in a Nonconstitutional World*, Albany, 2002; Id., *The Rule of Law in The Arab World. Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge, 1997; E. Canal-Forgues (sous la direction de), *Recueil des Constitutions des Pays Arabes*, Bruxelles, 2000; S. Ceccanti, *Religione, diritti e garanzie nei Paesi arabi*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», n. 1, 2003, pp. 165-179.; E. Cotran - A.O. Sheirif, *Democracy, the Rule of Law and Islam*, London-The Hague-Boston, 1999; S. Derouiche-Ben Achour, *Etats non sécularisés, laïcité et droits des femmes*, in «Revue Tunisienne de Droit», 1993, pp. 297-311; O. Giolo, *La teoria musulmana del diritto: tra volontarismo e razionalismo. Esperienze dell'Islam maghrebino*, in «Rivista di Studi Politici Internazionali», n. 3, 2002, pp. 401-428; A. Mahiou, *L'Etat de droit dans le monde arabe*, Paris, 1998; A. Mawdudi, *The Islamic Law and Constitution*, Lahore, 1980; M. Oliviero, *Costituzioni e costituzionalismo nei Paesi arabi*, in «Diritto Pubblico comparato europeo», n. 3, 2003, pp. 1111-1136; Id., *Le Costituzioni del Maghreb*, Milano, 2003; L. Pruvost (a cura di), *L'Islam religion de l'Etat*, in «Etudes Arabes-Dossiers», n. 72, 1987/1.

<sup>62</sup> Cfr. G. Rebuffa, *Nel crepuscolo della democrazia. Max Weber tra sociologia del diritto e sociologia dello stato*, Bologna, il Mulino, 1991.

mondo alternativa a quella occidentale e che pure considerava quest'ultima non in chiave banalmente antagonista, ma in chiave di "superamento" e "inglobamento". D'altra parte, il fatto che proprio in Europa, dopo il Secondo conflitto mondiale, come altrove abbiamo qui occasione di precisare, si è aperta la storia lunga della giustizia "umanitaria", con la conseguente crisi di alcuni principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, quali il principio di legalità e il principio della sovranità nazionale, dovrebbe far riflettere sulla forza con cui l'Islam rivendica, oggi, su base globale, una leadership politica e culturale per affrontare i mali del XXI secolo, dalla giustizia sociale alle tensioni geopolitiche, dalle frequenti e drammatiche criticità del sistema economico finanziario globale all'uso razionale delle risorse naturali. In molti *maitre à penser* dell'Islam contemporaneo<sup>63</sup> è, infatti, ben radicata la convinzione che l'universalismo e l'umanitarismo islamici abbiano un fondamento più saldo e una storia più credibili di quelli occidentali<sup>64</sup> perché, a differenza di questi, si reggerebbero non su fragili, e perciò politicamente strumentalizzabili elaborazioni ideologiche, ma su una verità assoluta ed estremamente attuale.<sup>65</sup> Di tali posizioni,

<sup>63</sup> È emblematico, al riguardo, la figura di Tariq Ramadan, nipote di Hasa al Banna. Cfr., anche per un orientamento bibliografico, I. Felice, *Un "maitre à penser" dell'Islam europeo. L'enigmatico Tariq Ramadan*, Tesi di laurea, Univ. D. st. di Catania, Fac. Lingue e lett. Str., A/A 2005-2006.

<sup>64</sup> Per un'analisi della questione dei diritti umani all'interno dell'Islam, inteso come realtà non monolitica, ma come universo culturale multiforme e dinamico, risultano di particolare utilità i lavori di S.A. Aldeeb Abu-Sahlieh, *Les musulmans face aux Droits de l'homme*, Bochum, 1994; *I movimenti dell'attivismo islamico, la legge islamica e i diritti dell'uomo*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», vol. 10; *I diritti dell'uomo e la sfida dell'Islam (diagnosi e rimedi)*, in «Rivista Internazionale dei diritti dell'uomo», 1999, vol. 12, n. 1. Cfr. inoltre: AA.VV., *Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures*, Colloque interuniversitaire-Université de Fribourg, Fribourg, 1984; AA. VV., *Colloques de Riyad, de Paris, du Vatican, de Genève et de Strasbourg sur: Le dogme musulman et les droits de l'homme en Islam*, Ryad, 1972; AA. VV., *Islam et droits de l'homme: Rapport d'un séminaire de la Ligue Tchadienne des droits de l'homme*, Paris, 1995; AA. VV., *Religious Human Rights in Global Perspective, Religious Perspectives*, Edited by John Witte, Jr and Johan D. van der Vyver, The Hague / Boston / London, 1996, pp. 361-386; I. Al-Faruki, *Islam and Human Rights*, in «Islamic Quarterly», 27/1983; M.A. Al-Midani, *L'organisation de la Conférence islamique et les droits de l'homme*, in «Turkish Yearbook of Human Rights», 1994, vol. 16; Id., *Les apports islamiques au développement du droit international des droits de l'homme*, Strasbourg, 1997; Id., *Les Etats islamiques et la Déclaration universelle des droits de l'homme*, in «Conscience et Liberté», n. 59, 2000, pp. 31-44; A.A. An-Na'im, *Human Rights in the Muslim World: Socio-Political Conditions and Scriptural Imperatives*, in «Harvard Human Rights Journal», vol. 3, Spring 1990, pp. 13-52; Id., *Toward an Islamic Reformation. Civil liberties, Human Rights and International Law*, New York, 1996; N. Baccouche, *Les droits de l'homme à travers la déclaration des droits de l'homme de l'organisation de la Conférence islamique*, in «Cahiers de l'Idedh», 1996, n. 5; T. Bassam, *Islamic Law / Shar'ah, Human Rights, Universal Morality and International Relations*, in «Human Rights Quarterly», vol. 16, n. 2, May 1994, pp. 277-299; H. Bielefeldt, *Muslim Voices in the Human Rights Debate*, in «Human Rights Quarterly», 17/1995; I. Bloom (a cura di), *Religious Diversity and Human Rights*, New York, 1996; M. Bormans, *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», 1999, vol. 12, n. 1; P. Branca, *Islam e diritti umani, confronto a distanza fra le posizioni di un saudita e di un tunisino*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 1999, vol. 12, n. 2; O. El-Hajje, *La déclaration du Caire des Droits de l'homme en Islam et les droits non susceptibles de dérogation*, in AA. VV., *Droits intengibles et états d'exception*, Paris, 1996; M. Hassen, *Quelques réflexions sur la place de la tolérance, la liberté du culte et les droits de l'homme en Islam*, in «I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie», v. 6, n. 2; K.M. Ishaque, *Human Rights in Islamic Law*, in «International Commission of Jurist Review», 12, 1974; B. Khader, *La Méditerranée: fondamentalisme et droits de l'homme*, in «I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie», v. 6, n. 2; S. Laghmani, *Pensées musulmanes et théorie des droits de l'homme*, in «Les droits fondamentaux», Bruxelles, 1997; A. Mahiou, *La réforme de la protection des Droits de l'homme dans le monde arabe*, in Aa. Vv., *La réforme des Institutions internationales de protection des Droits de l'homme*, Bruxelles, 1993; H. Manna, *The political Islamic movement and human rights*, in «Challenges Facing the Arab Human Rights Movement», 1997, n. 7; Id., *Human Rights in the Arab-Islamic culture*, Cairo Institute for Human Rights Studies, Cairo, 1996; M. Munoz (a cura di), *Democracia y derechos humanos en el mundo árabe*, Madrid, 1993; A.A. Mawdudi., *Human Rights in Islam*, Leicester, 1980; M.E. Sayed Said, *Islam and Human Rights*, in «Human Rights and Humanitarian Law», 29/1997; M. Zakzouk, *La contribution de la religion islamique à une culture de la paix*, in «Conscience et liberté», 1995, n. 50. Cfr. di recente R. Romano, *Il costituzionalismo e la tutela dei diritti negli ordinamenti islamici*, Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei XXIII ciclo, Relatore Prof. J. Woelk, Università degli Studi di Trento, anno accademico 2010-2011

<sup>65</sup> La questione dei diritti umani nell'Islam in generale va, in ogni caso, distinta dalla questione del rapporto sviluppatosi tra i Paesi islamici e il diritto internazionale dei diritti umani. Sul punto cfr.: AA.VV., *Contribution musulmane au droit international*, in *L'Islam dans les relations internationales*, Actes du IVème Colloque franco-pakistanaï, Paris, 1984, Aix En Provence, 1986; S. Angioi, *Le Dichiarazioni sui diritti dell'uomo nell'Islam*, in «I diritti umani - Cronache e battaglie», 1, 1998; M.A. Al-Midani, *Les apports islamiques au développement du droit international des droits de l'homme*, Strasbourg, 1997; M.A. Al-Midani, *L'organisation de la conférence islamique et les droits de l'homme*, in «Turkish Yearbook Of Human Rights», 1994, Vol. 16; M.A. Al-Midani, *La Charte arabe des droits de l'homme*, traduite de l'arabe et publiée par la «Revue universelle des droits de l'homme», Vol. 7, N° 4-6, 23 Giugno 1995, pp. 212-214; A. Amor, G.

quando si studia il diritto islamico, specie se lo studia non astrattamente ma nel suo concreto sviluppo storico, non si può non tenere conto, anche perché esse influenzano non poco l'evoluzione contemporanea dell'esperienza giuspubblicistica dei Paesi islamici, dove la Fratellanza musulmana, che di quella visione – non conflittuale, ma – “competitiva” nei confronti della modernità europea è la principale espressione politica di massa, esercita un ruolo di sempre maggiore peso nell'organizzazione dello spazio pubblico, nei processi di transizione costituzionale e nella gestione dei rapporti con l'Occidente.

### 7. Il “declino” della civiltà occidentale da un punto di vista islamico

Religione e società, nell'Islam, sono *reciprocamente* vincolate: la difesa dell'ordine politico o dell'*establishment* ha un significato “religioso”, sul quale hanno fatto leva proprio i grandi riformatori del mondo islamico; per altro verso, la mancata “islamizzazione” della società da parte delle classi dominanti rappresenta, da un punto di vista islamico, un peccato gravissimo, che può autorizzare il tirannicidio. Di qui, un fenomeno paradossale, ad occhi occidentali, almeno fino alla “Primavera araba” del 2011: i processi di democratizzazione costituzionali di maggior successo, nel mondo islamico, vengono realizzati da regimi tendenzialmente autocratici e spesso in contrasto sia con l'orientamento prevalente nella popolazione dei ceti inferiori, sia con il principio di legalità. In altre parole, quei processi – i casi più eclatanti sono l'Egitto e l'Algeria – si ritrovano, a fare i conti con la crescita di un'alternativa giuspubblicistica alla democrazia costituzionale, che muove proprio dal “basso”, da quel *demos* che dovrebbe, in teoria, essere il primo beneficiario dei processi di avvicinamento dei sistemi politici di quei Paesi ai modelli occidentali. Non è un problema di carattere solo politologico, ma anche, e forse soprattutto, di carattere giuspubblicistico, nel senso che si tratta di comprendere la natura giuridica, le caratteristiche fondamentali e la legittimità di quell'istanza “costituente” anti-democratico-costituzionale.

---

Conac, *Islam et droits de l'homme*, in «Economica», Paris, 1994; E.D. Arzt, *The Application of International Human Rights Law in Islamic States*, in «Human Rights Quarterly», Vol. 12, 2, 1990; N. Baccouche, *Les droits de l'homme à travers la Déclaration des droits de l'homme de l'Organisation de la conférence islamique*, in «Cahiers de l'Iddh», 5, 1996; C. Bassiouni (a cura di), *Projet de Charte des droits de l'homme et du peuple dans le monde arabe*, Siracusa, 1987; C. Bassiouni (a cura di), *Projet de convention arabe pour la prévention de la torture et des traitements inhumains et dégradants*, Siracusa, 1990; R. Caspar, *Les déclarations des droits de l'homme en Islam depuis dix ans*, in «Islamochristiana », 9, 1983; H. Chekir, *La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, in «Revue Tunisienne De Droit», 1989, pp. 70-83; M. Coccia, *Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights*, in «California Western International Law Journal», 15, 1985, p. 1651; Colloque Unesco-C.E.R.P. 1988, *La non discrimination à l'égard des femmes entre la Convention de Copenhague et le discours identitaire*, Tunis, 1989; Comité Internationale De La Croix Rouge, *Adhésion, ratification et succession à la convention de Genève du 1949 et aux Protocoles additionnelles du 1977*, in «Revue internationale de la Croix Rouge», 811, 1995; R.J. Cook, *Reservations to the Convention on the Elimination of Discrimination Against Women*, in «Virginia Journal Of International Law», 30, 1990, pp. 634-716; O. El Hajje, *Les pays islamiques et les instruments internationaux sur les droits de l'homme*, in «Conscience Et Liberté», 41, 1991; Id., *La déclaration du Caire des droits de l'homme en Islam et les droits non susceptibles de dérogation*, in AA.VV., *Droits intengibles et états d'exception*, Paris, 1996; A. Ferre (a cura di), *Les organisations islamiques internationales*, in «Etudes Arabes-Dossiers», 66-1984/1; F. Fiore, *I diritti dell'uomo nella Lega araba e il progetto di una Carta araba dei diritti dell'uomo*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 3, 1991; H. Golsong, *Le clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruxelles, 1992; P.H. Imbert, *Reservations and Human Rights Conventions*, in «Human Rights Review», 6, 1981; L. Lijnzaad, *Reservations to Un-Human Rights Treaties*, The Hague, 1995; T. Lindholm, K. Vogt, *Islamic Law Reform and Human Rights: Challenges and Rejoinders. Proceedings of the Seminar on Human Rights and the Modern Application of Islamic Law*, Oslo, 1993; A. Mahiou, *La réforme de la protection des droits de l'homme dans le monde arabe*, in AA.VV., *La réforme des institutions internationales de protection des droits de l'homme*, Bruxelles, 1993; S.P. Marks, *La commission permanente arabe des droits de l'homme*, in «Revue des droits de l'homme», 1, Vol. III, 1970; M. Modica, *Sulle carte dei diritti dell'uomo nel mondo arabo-islamico 1948-1994*, in «I diritti dell'uomo - Cronache e battaglie», 1, 1995; L. Pruvost, *Déclaration universelle des droits de l'homme en Islam et charte internationale des droits de l'homme*, in «Islamochristiana», 9, 1983; E. Rabbath, *Pour une théorie du droit international musulman*, in «Revue égyptienne de droit international», 1950, Vol. 6, pp. 1-23; A. Rechid, *L'Islam et le droit des gens*, in «Recueil de cours de l'Académie de droit international», 1937, Tome II, pp. 373-505; P. Rondot, *Islam et déclarations des droits de l'homme*, in «Défense Nationale», Janvier, 1985; A. Vijapur, *The Islamic Concept of Human Rights and the International Bill of Rights: the Dilemma of Muslim States*, in «Tukish Yearbook of Human Rights», 1993, Vol. 15; C. Zanghi, L. Panella, R. Larosa (a cura di), *I diritti dell'uomo nel Mediterraneo*, Torino, 1995.

Non si può non rilevare, in proposito, come fra la cultura giuridica occidentale e quella islamica si ponga un problema comunicativo relativo non tanto ai contenuti, quanto alla “sintassi”, vale a dire alle regole utilizzate per l’interconnessione tra i concetti giuridici nella formulazione di proposizioni dotate di senso. Tale confronto è, negli ultimi tempi, reso, peraltro, più complicato dall’indebolimento proprio di alcune nozioni fondamentali del diritto pubblico occidentale, a partire dalla simmetria fra individuo e Stato. Si prenda, ad esempio, il concetto di “cittadinanza”, al centro sia delle problematiche relative alla presenza di immigrati islamici nelle nostre città, sia delle valutazioni circa il tasso di democraticità – e legalità – dei sistemi politici islamici. La *cittadinanza*, in quanto stato giuridico qualificato da simmetria fra situazioni attive (il diritto di voto) e passive (il fisco), appare concettualmente descrivibile solo con la grammatica dello Stato nazionale territoriale. La “simmetria” di cui sopra presuppone, infatti, una netta demarcazione tra sfera pubblica e sfera privata ed è indescrivibile con un paradigma di tipo comunitario. Oggetto della “garanzia” da parte dello Stato costituzionale è, per l’appunto, la sicura ascrivibilità di ogni evento sociale alternativamente alla sfera pubblica o a quella privata. Al centro dello Stato costituzionale resta, dunque, l’individuo, che in qualche misura è in una posizione “simmetrica” rispetto allo Stato. La sfida che l’Islam lancia all’Occidente riguarda proprio questo aspetto della civiltà occidentale – aspetto che, come si accennava, non appare più così saldo. Il sentimento identitario per un musulmano corrisponde alla consapevolezza di far parte della “migliore comunità mai creata da Dio”.

Le sempre più numerose istanze di carattere “neocomunitario” che investono le istituzioni occidentali, a tutti i livelli di *governance*, producono risposte sempre meno convinte da parte delle istituzioni, oscillanti fra relativismo multiculturalista e chiusura autodifensiva. Di tali istanze, quelle avanzate dall’Islam d’Occidente sono solo l’espressione più evidente, per la loro particolare matrice politico-culturale. Si moltiplicano le richieste di “riconoscimento giuridico” a istanze irriducibili nell’aut/aut pubblico/privato, poiché caratterizzate da strategie identitarie di carattere etnico, culturale, territoriale, di genere, anagrafico e via dicendo. Si tratta di un processo estremamente complesso, che ha la sua spiegazione più visibile nella crisi dello stato nazionale territoriale, che ormai perde competenza su molte questioni. Sta mutando, nella società e nella coscienza civile, il concetto stesso di “territorio”, che viene sempre più spesso considerato non più come un dato di partenza, l’orizzonte naturale entro cui programmare e sviluppare le transazioni, ma come un’opzione, una variabile insieme alle altre<sup>66</sup>. Il cosiddetto “ritorno dello Stato” di cui si è parlato dopo l’11 settembre e dopo la crisi economico-finanziaria globale iniziata nel 2007/2008, non contraddice ciò. Tale “ritorno” ha una natura eminentemente emergenziale, in quanto subordinato agli interessi di razionalizzazione espressi dallo stesso mercato globale. Appare decisamente improbabile un ritorno alla politica degli stati nazionali fondata sul principio della sovranità territoriale. A prescindere dalle discordanti opinioni in merito, è in crescita continua il numero di persone che vivono in uno stato di poli-affiliazione spazio-temporale, o, come è stato detto, di “poligamia” di luoghi e tempi. Si va affermando una sorta di “porosità giuridica”, vale a dire una diffusa coappartenenza a ordinamenti e valori diversi, a volte tra loro complementari, a volte conflittuali, che mette a dura prova la “sintassi giuridica” delle istituzioni occidentali<sup>67</sup>.

I tradizionali sistemi di controllo sociale, affidati alla spersonalizzazione dei rapporti e alla centralizzazione delle decisioni mostrano, oggi, tutti i loro limiti. C’è una crescente difficoltà nel trovare composizioni nazionali e unitarie degli interessi sociali sulla base del paradigma

<sup>66</sup> La crisi dello Stato nazionale è da tempo oggetto di numerosissime pubblicazioni, di cui non si tenta neanche di dare conto. Oltre ai riferimenti precedenti, si vedano, in relazioni ai punti qui toccati: AA.VV., *Les mutations de l’Etat-Nation en Europe à l’aube du XXI siècle*, Strasbourg, 1998; M. Albertini, *Lo Stato nazionale*, Bologna, Il Mulino, 1997; S. Cassese -G. Guarino, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002; G. Poggi, *Lo Stato*, Bologna, Il Mulino, 1992 (spec. pp. 219 e ss.). Per il resto si rimanda a quanto già indicato in materia di “declino della sovranità” nelle pagine precedenti.

<sup>67</sup> Sul cosiddetto “affollamento” dello scenario giuridico cfr.: K. Jayasuriya, *Globlization Law, and the trasformation of Sovereignty*, in *Indiana Journal of Global Studies*, 6/1999; K. Nowrot, *Legal Consequences of Globalizzazione: the State if Non-Governmental Organization Under Internation Law*, in *Indiana Journal of Legal Studies*, 6/1999; R. Higgins, *International Law in Changing Internation System*, in *The Cambridge Law Journal*, 58/1999; S. Hobe, *Global Challenge to Statehood: The Increasing Important Role of Nongovernmental Organization*, Indiana Univeristy,

pubblico/privato. “Democrazia” e “statalità”, vale a dire le espressioni primarie della moderna “comunità politica”, sono esposte a un «vento contrario» che «minaccia di rendere friabili e gradualmente erodere le loro fondamenta, il terreno dove affondano le loro radici». <sup>68</sup> Si pensi, ad esempio, a quanto accade, da qualche tempo a questa parte, nell’ambito della rappresentanza politica: l’appartenenza a una determinata “comunità” di carattere religioso, culturale o “di genere” è, sempre più spesso, fatta valere come elemento costitutivo della giustiziabilità dei diritti piuttosto che come questione attinente alla sfera privata. La neutralizzazione delle differenze, operata dallo Stato moderno attraverso il paradigma individualistico del “cittadino” <sup>69</sup>, è sempre meno popolare fra i “cittadini” dell’Occidente. Ne è segno evidente la crescente affermazione, anche a livello popolare, delle tesi neocomunitaristiche, nonché l’avallo che queste ultime ricevono dalla giurisprudenza e dal legislatore. Per limitarci al caso italiano, si consideri come la neutralità totalizzante del “cittadino”, con la sua logica “identitaria” maschile, abbia subito una netta messa in discussione con il sistema delle “quote rosa”, adottato con la Legge n. 81 del 1993 per le elezioni comunali e la legge n. 277 del 1993 per le elezioni della Camera dei Deputati. La costituzionalizzazione del principio delle pari opportunità (riformulazione degli articoli 117 e 51 della Costituzione, rispettivamente con le leggi costituzionali n.3/2001 e n.1/2003) ha, poi, indotto la Corte Costituzionale a rivedere parzialmente la posizione espressa in partenza, pur paventando il rischio di una messa in discussione del principio della “generalità e universalità della rappresentanza” (sent. n. 9/2003) <sup>70</sup>.

Ora, è evidente che, in un contesto caratterizzato dalla crisi dei tradizionali meccanismi di giustiziabilità dei diritti e dalla diffusione di istanze “comunitarie” di varia natura, l’Islam, in cui le categorie giuridiche si sono sviluppate in maniera obliqua rispetto al paradigma pubblico/privato, non può essere più, neanche dai più sprovveduti, considerato semplicisticamente come una sorta di “passato” dell’umanità o come una ideologia conservatrice. In termini ancora più complessi, se possibile, si pone, poi, il problema del confronto con le istanze comunitaristiche nei Paesi a maggioranza islamica, da tempo proiettati verso l’alleanza con le democrazie occidentali, di cui cercano di mutuare i modelli costituzionali. Tali Paesi devono spesso fronteggiare insistenti e rumorose istanze di *grassroot democracy* avanzate proprio da movimenti di matrice islamista, e cioè, in linea di principio, ostili ai valori ispiratori della democrazia costituzionale occidentale. Tali istanze, paradossalmente (ma non tanto), si articolano secondo il linguaggio dei “diritti di cittadinanza”, almeno di quei diritti che, in quanto contrastanti con l’applicazione rigorosa del *din wa dawla*, sarebbero la prima vittima dell’instaurazione di un regime islamista, come numerose esperienze hanno dimostrato (una su tutte: il tragico destino della Repubblica Democratica dell’Afghanistan, proclamata il 17 aprile del 1991, dopo che i *mujaheddin*, con l’aiuto determinante del Governo degli Stati Uniti, avevano scacciato le truppe dell’URSS dal territorio nazionale, nel 1989). D’altra parte gli stessi governi di quei Paesi, per difendere quel poco o molto che si è realizzato in termini di democratizzazione del sistema, hanno dovuto per anni negare, come abbiamo visto, la cittadinanza alle formazioni politiche di matrice islamista.

L’attività interpretativa dei giuristi islamici maggiormente accreditati presso le popolazioni musulmane continua ad avere una forte connotazione *politica*, nel senso che il criterio di fondo resta, nei secoli, quello della salvaguardia degli interessi della *umma*. A tale riguardo, è molto comune, in Occidente, stabilire un rapporto di corrispondenza biunivoca, nell’Islam, tra “modernizzazione” e accettazione dello Stato laico, dotato di una Costituzione liberal-democratica, dove venga sancita la neutralizzazione della religione. Ora, a prescindere dall’elementare

[www.globalpolicy.org](http://www.globalpolicy.org), June 1998 Sul tema della “porosità giuridica”, cfr. in particolare M. R. Ferarese, *Dalla concorrenza tra ordinamenti alla competizione giuridica diffusa* in A. Zoppini (cur.), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 123-148.

<sup>68</sup> Così E. W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all’Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 204. Cfr. pp. 210 e ss.

<sup>69</sup> A. Barbera, *La rappresentanza politica: un mito in declino?* In *Quad. cost.*, 4 dicembre 2008.

<sup>70</sup> Cfr. A. Barbera, *La rappresentanza politica*, cit., pp. 853-88. Il tema è oggetto, da anni, di numerosissimi studi. Per i punti qui espressamente toccati, cfr. M. Cartabia - A. Simoncini (a cura di), *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Bologna, Il Mulino, 2007; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, Il Mulino, 1998; F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 214 e ss.

constatazione dell'esistenza di uno specifico modernismo occidentale reazionario e intollerante (si pensi solo ad alcuni aspetti della cultura fascista), nel caso dell'Islam la modernizzazione può andare tanto nel senso sperato dell'acquisizione di una dimensione "illuministica", quanto nel senso di una radicalizzazione dell'antagonismo nei confronti dell'Occidente.

È il caso della rivoluzione filosofico-giuridica attuata dal già citato filosofo egiziano Sayyid Qutb, che libera gli islamisti dal "fardello" della tradizione e della norma scritta, per consentirgli un'interpretazione dinamica e creativa della *shari'a*. Si tratta di una questione importante, perché questa rivoluzione di Qutb rappresenta uno dei punti di riferimento principali (se non il principale) dell'Islam popolare delle metropoli d'Occidente.

È da una profonda analisi della crisi delle categorie politiche dell'Occidente, condotta sulla base di un dettagliato studio della cultura europea del Novecento, che Sayyid Qutb maturò la convinzione che l'Islam fosse «la soluzione» – come ancora oggi recita il più noto degli slogan dei Fratelli Musulmani – per i problemi del mondo contemporaneo. Qutb, buon conoscitore dei classici occidentali moderni, riteneva che la verità del Corano non potesse essere considerata come un'ipostasi, bensì come una realtà vivente, che si dispiega nella prassi e nell'azione rivoluzionaria. Egli era duramente critico nei confronti delle società occidentali, e in particolare degli Stati Uniti, dove il progresso materiale s'accompagnava ai suoi occhi all'assoluta miseria spirituale. Ma tale critica si avvaleva di modelli teorici elaborati in Occidente. Primo tra tutti, quello della "decadenza" come dimensione originaria dell'Occidente (che in tedesco – *Abendland*<sup>71</sup> - indica per l'appunto la "terra del tramonto"). In questo senso, la modernità viene interpretata come il dispiegarsi del "tramonto" dell'Occidente: la situazione attuale dell'Occidente viene paragonata a quella della *Jāhiliyya*, l'epoca dell'«ignoranza» o dell'«oscurità», antecedente all'avvento dell'Islam in Arabia.<sup>72</sup> Viene ripreso anche Nietzsche, e in particolare quella parte della sua opera dove si denuncia la svolta razionalistica del pensiero greco e la predicazione cristiana quali origini della decadenza della civiltà europea. Nella versione di Qutb, questa tesi serve a sostenere che il dominio della tecnica ha separato l'uomo dalla verità – verità che da "oggetto" di conoscenza è diventata puro "metodo". Anche in questo caso, Qutb riprende importanti concetti della filosofia europea contemporanea, con riferimento alla critica della concezione strumentale della verità. Qutb sostiene l'autosufficienza dell'Islam, che non ha bisogno dei pensatori occidentali. Ma, al tempo stesso, la sua critica dell'Occidente si svolge interamente secondo paradigmi elaborati in Europa. La guerra fredda viene considerata un esempio della schizofrenia dell'Occidente. Si tratta, a suo avviso, della contrapposizione tra spiritualità e giustizia sociale – una contrapposizione assente nell'Islam, dove le due cose sono strettamente intrecciate.

La tradizione e il diritto islamico, secondo Qutb, sono stati assorbiti e strumentalizzati dai regimi "empi", i quali li usano per giustificare la propria corruzione e la repressione violenta dell'islamismo. L'uso empio della legge islamica obbliga a ritornare alle origini della *shari'a*, a riaprire la "porta della riflessione", chiusasi nel X secolo, quando si stabilizzò la Sunna, ovvero l'insieme delle condotte legittimate da un detto, da un'azione o da un silenzio del Profeta, così come questi sono stati poi raccolti nell'ambito della tradizione orale. Da allora troppe cose sono state cambiate ed è difficile distinguere tra ciò che è autentica tradizione o corretta interpretazione e ciò che è interpolazione strumentale o falsificazione.

La rinascita dell'Islam comporta, dunque, nella prospettiva di Qutb, una sorta di azzeramento della tradizione, che viene ripensata nel contesto in cui i musulmani si trovano attualmente a vivere. Infatti, non si può ritenere che nelle situazioni in cui l'Islam è minoritario e oppresso – Qutb pensava, per l'appunto all'Egitto dei suoi tempi – valgano le stesse regole emanate quando la *umma* era integra e la *shari'a* vigeva pienamente. A ciò, si può aggiungere che la situazione ha

<sup>71</sup> Ci riferiamo, in particolare, a O. Spengler, *Der Untergang des Abendlandes: Umriss einer morphologie der Weltgeschichte*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1918-1922, 123 (ed. it. A. c. di S. Barbera e P. Rossi, Longanesi, Milano). Cfr. G. Morrone, *Incontro di civiltà: l'Islamwissenschaft di Carl Heinrich Becker*, cit., 339 e ss.

<sup>72</sup> Sayyid Qutb, "Fi Zilal al Quran", cit., vol. 1, pp. 510-511; *Jāhiliyya*

subito un ulteriore mutamento con la diffusione globale dell'Islam grazie alla moltiplicazione dei flussi migratori, il crollo del comunismo e l'affermazione degli Stati Uniti come unica potenza mondiale – tutti fattori che, peraltro, hanno contribuito alla diffusione delle opere di Qutb tra i musulmani delle nuove generazioni.

La categoria islamistico-radical del diritto “dinamico” può essere considerata un'estremizzazione in ambito musulmano del concetto schmittiano di “stato d'eccezione”. Questo è dato dal riaprirsi della questione circa la “decisione” politica che istituisce la legalità. Prima della legalità, cioè, c'è una decisione, alla quale si torna tutte le volte che la sostanza del patto costituzionale viene messa in crisi in nome della legalità formale. In termini islamici, la norma scritta e la tradizione cedono il passo di fronte al riaprirsi della questione circa la decisione originaria, che istituisce l'Islam, vale a dire la sottomissione del mondo alla volontà divina. Se tale decisione viene minacciata dalla legalità formale o dal diritto scritto, sono questi ultimi a dovere essere messi tra parentesi. Ciò significa che si può essere autorizzati a compiere atti tradizionalmente condannati dall'Islam – come il massacro di innocenti – in nome della decisione che istituisce la realtà islamica come tale. Si pone il problema di quale sia la fonte di tale diritto. Anche in questo caso, abbiamo l'uso islamistico di un paradigma occidentale, quello del “diritto vivo”. La soluzione del problema è, dunque, che la fonte del diritto islamico è nella stessa attività dei “combattenti” e dei “martiri”. In parole povere, da un punto di vista islamista, la stessa *shari'a*, che tra l'altro proibisce gli atti di terrorismo, può essere messa tra parentesi finché la *umma* non sia stata ricostruita.

È nell'ambito di tale elaborazione teoretica che si forma la moderna ideologia del martirio, che fa riferimento al famoso brano del Corano: «E non considerare morti coloro che sono stati uccisi sulla via di Dio, anzi, vivi sono nutriti di gioia presso il Signore» (Corano, III, 169).<sup>73</sup> Tra gli islamisti, l'interpretazione canonica di questo passo è quella elaborata da Qutb: «La sura dice ai musulmani che, nella lotta per sostenere la Verità universale di Dio, dovranno essere sacrificate delle vite. Coloro che rischiano la vita e vanno a combattere, e che sono disposti a dare la vita per la causa di Dio sono persone onorevoli, pure di cuore e dall'anima benedetta. Ma la grande sorpresa è che chi tra loro viene ucciso nella battaglia non deve essere considerato o descritto come morto. Continua a vivere, come dice chiaramente lo stesso Dio. Certo queste persone possono sembrare davvero prive di vita, ma la vita e la morte non vengono giudicate solo da un superficiale punto di vista fisico. La vita è caratterizzata soprattutto da attività. Crescita e persistenza, mentre la morte è uno stato di perdita totale di funzioni, di inerzia e mancanza di vita completa. Ma la morte di chi viene ucciso per la causa di Dio dà più slancio alla causa stessa, che continua a svilupparsi sul suo sangue. Anche la loro influenza su chi rimane cresce e si diffonde. Così, anche dopo la morte, restano una forza attiva nel dare forma e una direzione alla vita della comunità. E' in questo senso che queste persone, avendo sacrificato la loro vita per la causa di Dio, continuano a esistere attivamente nella vita di tutti i giorni. Nella loro morte non c'è un vero senso di perdita, perché continuano a vivere».<sup>74</sup>

L'interpretazione “dinamica” del diritto da parte dell'islam contemporaneo trova nella legittimazione del terrorismo e nell'ideologia del martirio le sue manifestazioni estreme e più drammatiche, ma essa è stata anche la base teorica di complessi fenomeni di carattere politico-sociale di rinnovamento “dal basso” dell'Islam, come quello dei Fratelli Musulmani. Nel merito, è stato recentemente proposto l'abbandono del termine “musulmani moderati” perché con esso si indicano intellettuali nati da genitori musulmani ma che non aderiscono alla religione islamica. Peraltro, «se utilizziamo i tre criteri proposti nei suoi viaggi in Turchia e Terrasanta da Benedetto XVI come condizione per il dialogo con l'Islam – rifiuto incondizionato del terrorismo (il che implica la condanna di Hamas e non solo quella di Al Qa'ida), rispetto dei diritti umani in genere, compresi quelli delle donne, libertà delle minoranze religiose intesa non solo come libertà di culto ma anche di missione, con conseguente diritto del musulmano che aderisce a questa predicazione di convertirsi al cristianesimo –, e chiamiamo “moderato” chi si conforma a questi criteri, non sono “moderati” né il re dell'Arabia Saudita, né i Fratelli Musulmani, né Bin Laden». È, tuttavia, evidente

<sup>73</sup> Cfr. M. Campanini, *Jihād e società in Sayyid Qutb*, in *Oriente moderno*, XIV/LXXV, 1995, pp. 251-266. Cr. S. Qutb, *Fi Zilal al-Qur'an* (1951-1956), tr. inglese *In the Shade of the Qur'an*, 30 volumi, a cura di A. Salahi, The Islamic Foundation, 2003.

<sup>74</sup> S. Qutb, *Fi Zilal al Qu'ran*, 6 voll., Beirut-II Cairo, 1978.



che non si possono mettere sullo stesso piano realtà politiche tra loro tanto diverse. Se, dunque, il tema è quello del «rapporto con la modernità – e con la nozione moderna dei diritti umani», allora «i progressisti sono quei musulmani che accettano la modernità come inevitabile, e gli ultraprogressisti quelli che la abbracciano con entusiasmo, così lentamente corrodendo l'integrità tradizionale della dottrina, pur rimanendo ancora all'interno dell'islam». In caso contrario, «non sarebbero musulmani». Ma si tratta di infime minoranze nel mondo islamico: «I fondamentalisti non sono, come spesso si dice, una piccola minoranza. Lo sono i terroristi ultra-fondamentalisti e i loro fiancheggiatori diretti - da 50mila a 100mila musulmani: la maggiore massa d'urto nella storia del terrorismo mondiale ma lo 0,01% dell'Islam nel suo complesso -, mentre le organizzazioni fondamentaliste possono contare all'incirca su 50 milioni di adepti e simpatizzanti nel mondo (meno del 5% dei musulmani), cui si aggiungono almeno altrettanti "tradizionalisti" che sono vicini ai fondamentalisti per teologia, ma che si occupano più di morale individuale e meno di politica». La maggior parte dei musulmani è semplicemente "conservatrice": «I conservatori non sono progressisti: rimangono assai perplessi sulle dichiarazioni occidentali dei diritti umani perché pensano che i diritti dell'uomo mettano in pericolo i diritti sovrani di Dio, non vogliono neanche sentir parlare di accostamento moderno – cioè storico-critico – al Corano, perché temono che faccia la fine della Bibbia nelle mani dell'esegesi universitaria occidentale degli ultimi due secoli, vogliono che alle donne sia permesso - non imposto, ma almeno caldamente consigliato - di portare ovunque il velo. Su questioni che stanno a cuore agli europei e agli americani come la libertà religiosa delle minoranze nei paesi islamici, i diritti delle donne, la poligamia, l'esistenza dello Stato di Israele non sono pronti ad abbracciare immediatamente il punto di vista occidentale, ma sono disposti a discuterne, il che li differenzia dai fondamentalisti».<sup>75</sup>

È questo il caso dei Fratelli Musulmani, o, quanto meno, della componente "moderata", largamente maggioritaria e che si distingue da altre forme di integralismo, come quello salafita.<sup>76</sup> L'associazione, fondata in nel 1928, si proponeva di reislamizzare la società egiziana a partire "dal

---

<sup>75</sup> M. Introvigne, *I cinque volti dell'Islam e la chiave per il futuro dell'Egitto*, La Bussola Quotidiana, febbraio 2011, [www.cesnur.org](http://www.cesnur.org). Sul punto, cfr. M. A. Muqtedar Khan (a cura di), *Debating Moderate Islam: The Geopolitics of Islam and the West*, University of Utah Press, 2007, (v. in part. gli interventi di Khan pp. 3 e ss. e abid ullah ian pp. 42 e ss.); A. Bayat, *Making Islam democratic: social movements and the post-Islamist turn*, Stanford University Press, 2007, pp. 7 e ss.; B. Tibi, *Islam's predicament with modernity: religious reform and cultural change*, Routledge, 2009, pp. 271 e ss.; N. Soguk, *Globalization and Islamism: Beyond Fundamentalism*, Rowman & Littlefield Publishers, 2010, pp. 6 e 148; Yvonne Y. Haddad – T. Golson, *Overhauling Islam: Representation, Construction, and Cooption of Moderate Islam in Western Europe*, Journal of Church and State, Vol. 49, Issue 3 (Summer 2007), pp. 487-516.

<sup>76</sup> Ciò non vuol dire che dall'esperienza dei Fratelli Musulmani non siano nati i principali gruppi *jihād*isti moderni. Innanzitutto, il "gruppo islamico", dello sceicco Omar Abd Rahman, a lungo residente negli Stati Uniti, dove progettò diversi attentati per stragi indiscriminate. Ma il gruppo più significativo è quello del "*jihād* islamico", di Ayman al-Zawahiri, il "dottor morte", noto anche come il braccio destro di Bin Laden, anche se originariamente, fu Bin Laden a seguire Zawahiri, e non il contrario. Al-Qaida si sviluppa nell'ambito dell'attività dei servizi pakistani per il reclutamento di volontari da inviare in Afghanistan a combattere contro i sovietici. Ma il passaggio decisivo è costituito dall'incontro di Bin Laden con Zawahiri. Bin Laden conosceva già le teorie di Sayyid Qutb, essendo stato allievo del fratello di costui. Ma la crescita del suo ruolo si fonda essenzialmente sulle sue immense disponibilità finanziarie, da una parte, e il suo rigore religioso, dall'altra. L'incontro con Zawahiri, intellettualmente ben più attrezzato di Bin Laden, è fondamentale per i destini di Al-Qaeda. Di Qutb viene ripresa soprattutto l'avversione allo sciovinismo islamico e alle varie forme di nazionalismo sviluppatesi nella *umma*. Per una ricostruzione di questa complessa vicenda, indispensabile per comprendere molti decisivi aspetti dell'Islam contemporaneo, cfr.: L. Wright, *Le altissime torri. Come al-Qaeda giunse all'11 settembre*, Milano, Edizioni Adelphi, 2007; P. Berman, *Terrore e liberalismo. Perché la guerra al fondamentalismo è una guerra antifascista*, Torino, Einaudi, 2004. I salafiti (il cui termine deriva dalla parola *salafiyya*, ovvero "ritorno" alle origini della società protomusulmana) si distinguono dai *gihad*isti veri e propri, per essere "conservatori" e poco inclini alla violenza. La composizione è alquanto eterogenea: mancano sia una struttura organizzativa centralizzata sia un chiaro programma politico. Essi predicano soprattutto un ritorno alle istituzioni sociali e politiche della società protomusulmana all'epoca del Profeta Muhammad, e l'uso esclusivo della *shari'a*. Molte loro richieste, derivano da una radicalizzazione, in chiave coranica, delle istanze dei Fratelli Musulmani. Essi, comunque, prediligono la sfera sociale a quella politica, anch se si registra un mutamento, in ciò, dopo la rivoluzione di Gennaio. Benché teoricamente contrari alla democrazia e alla partecipazione al voto, i Salafiti stanno organizzando un partito politico (che dovrebbe chiamarsi *al-Nahda* (la rinascita). La preoccupazione che l'Egitto perda la propria identità islamica ha spinto i Salafiti a pronunciarsi per il 'sì' riguardo al referendum di marzo, in opposizione al 'no' richiesto da molti copti e laici, preoccupati per la conferma del carattere islamico dello Stato. Per una visione aggiornata, v. J. Beinin, F. Vairel (cur), *Social Movements, Mobilization, and Contestation in the Middle East and North Africa*, Stanford, CA, Stanford University press, 2011; A. Jacobs – H. Reichnek, *Die Rückkehr der Salafisten in Ägypten*, Konrad Adenauer Stiftung, 6 mai 2011, [www.kas.de](http://www.kas.de)

basso”, attraverso la solidarietà sociale e le pratiche di pietà popolare.<sup>77</sup> Le parole usate da Al-Banna al riguardo sono illuminanti: l’Occidente è perduto, per via del suo materialismo, che lo rende tirannico e disorientato, e la bandiera dell’Islam sventolerà sul mondo.<sup>78</sup> Lo scopo non è quello di seminare il terrore, ma di far sì che la società islamica sia pronta a raccogliere l’eredità lasciata dall’Occidente in decomposizione.

Se non va schiacciata sul fondamentalismo terroristico, l’esperienza della Fratellanza non va confusa con quella del partito Baath<sup>79</sup>, che aveva un carattere decisamente politico-rivoluzionario-millennaristico, né con le esperienze di assistenza sociale e carità sviluppatesi nell’Islam contemporaneo. Si tratta di un’organizzazione politico-sociale a tutto tondo. La Fratellanza Musulmana, ad esempio, ha individuato nella svolta politica del 2011 un’occasione storica per preparare la propria conquista del potere. La componente moderata, separatasi da quelle più strettamente legate all’insorgenza islamistica globale, intende conquistare “democraticamente” il potere, utilizzando tutti gli spazi offerti dallo stato di diritto<sup>80</sup>. Tra i punti programmatici dei Fratelli Musulmani c’è il ripristino del Califfato, non solo in senso metaforico. L’islamizzazione dal basso non è fine a se stessa, ma è in ultima analisi destinata a creare un’insanabile contraddizione tra il popolo e i governanti filo-occidentali e imborghesiti, in modo da portare a una restaurazione della *umma* attraverso un processo rivoluzionario.

Insomma, il punto di forza teorico dell’esperienza dei Fratelli Musulmani consiste nel recupero della dimensione popolare-universalistica dell’Islam. Si tratta di una dimensione che non s’è mai dissolta e che oggi torna, prepotentemente, di grande attualità, anche in forza delle patologie che, come prima si diceva, interessano i fondamenti del moderno diritto pubblico occidentale.

#### 8. “Diritto islamico” e non solo “diritto dei Paesi islamici”

La distinzione tra “diritto islamico” e “diritto dei paesi islamici” aiuta a isolare i tratti essenziali del diritto islamico, cui è originariamente estranea la dimensione stato-nazionale, rispetto al diritto positivo sviluppatosi nei Paesi nei quali lo Stato stesso si dichiara islamico. Essa, però, se utilizzata e interpretata in maniera rigida, è di ostacolo alla comprensione della specificità dell’esperienza giuspubblicistica islamica, che resta, in ogni caso, caratterizzata dal ruolo della *shari’a*, che, nei secoli, ha tenuto insieme le diverse realtà nazionali del mondo islamico, al di là delle differenze etniche e politiche, come un «simbolo trascendente di unità», accessibile, in via principale, ai giuristi (nel senso di *scholars* e non di meri operatori del diritto), i quali, infatti, si sono sempre collocati al di sopra dei conflitti etnici, politici e militari e sono stati i garanti della stabilità della fonte di legittimazione nel mondo musulmano, in forza del principio veterotestamentario, per cui la politica è al «servizio del diritto»<sup>81</sup>. In altre parole, quella distinzione, rischia di sottrarre allo sguardo dello studioso, l’intrinseca dinamicità dell’Islam, che, nella ricerca continua di

<sup>77</sup> Sui Fratelli Musulmani esiste una vasta bibliografia. Per le questioni qui specificamente toccate, cfr.: Cfr. G. Kepel, *Il profeta e il faraone. I Fratelli Musulmani alle origini del movimento islamista*, Roma-Bari, Laterza 2006. C.J. Adams, *The Authority of the Prophetic Hadith in the Eyes of Some Modern Muslims*, in D. P. Little (a cura di), *Essays on Islamic civilization presented to Niyazi Berkes*, Leiden, UK 1976, pp. 25-47; S. Alexander, *Radical New Views of Islam and the Origins of the Koran*, in *New York Times*, 2 March, 2002. B. Lewis, *The Roots of Muslim Rage*, in *Atlantic Monthly*, settembre 1990, pp. 47-60; D.S. Margoliouth, *Mohammed and the Rise of Islam*, 1905, New York and London; M. Tessler, *Do Islamic Orientations Influence Attitudes Toward Democracy in the Arab World? Evidence from Egypt, Jordan, Morocco, and Algeria*, in *International Journal of Comparative Sociology*, 2002, 229; L. Diamond, *Democracy in Latin America*, in T. Farer (a cura di), *Beyond Sovereignty: Collectively Defending Democracy in a World of Sovereign States*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1996, p. 73; F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, November, 1997; A. Black, *The History of Islamic Political Thought*, New York, Routledge, 2001; O. Roy, *Globalized Islam: the Search for a New Ummah*, Columbia University Press, 2004. AA.VV., *'Toward the Light' in Five Tracts of Hasan al-Banna*, trans. by C. Wendell, Berkeley, 1978, pp. 126 e ss; P. Berman, *Terrore e liberalismo*, Torino, Einaudi, 2003; B. Etienne, *L'Islamisme radical*, Hachette, Paris 1987; R. Guolo, *Il fondamentalismo islamico*, Roma-Bari, Laterza, 2002; B. Rubin, *The Muslim Brotherhood: The Organization and Policies of a Global Islamist Movement*, in *The Middle East in Focus*, Palgrave Macmillan, 2010; E. Pace - R. Guolo, *I fondamentalismi*, Roma-Bari, Laterza, 1998; A. Pacini (a cura di), *I Fratelli Musulmani e il dibattito sull'Islam politico*, in *Dossier «Mondo islamico»*, 2, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino 1994.

<sup>78</sup> Hasan al Banna, *Peace in Islam*, web.youngmuslims.ca

<sup>79</sup> Cfr. M. Campanini, *Ideologia e politica nell'Islam*, cit., pp. 22-128, 151 e ss.

<sup>80</sup> *Egyptian elections 2011: Potential for the Islamization of Egypt*, Jamiat al-Ikhwan al-Muslimeen, Cairo, [www.lamp-method.org/eCommons/Manookian.pdf](http://www.lamp-method.org/eCommons/Manookian.pdf)).

un'integrazione tra diritto musulmano e diritto positivo (statale), ha interagito con l'esperienza giuridica occidentale in maniera consapevole, talora persino, attraverso i suoi pensatori, indicando nell'Islam il giusto approdo per la crisi della civiltà giuridica occidentale.

È evidente che nessuna esperienza giuspubblicistica che voglia qualificarsi come islamica può fare a meno di aderire alla dimensione sovranazionale e universale della *umma*, in vari gradi. La stessa legittimità del sistema politico, di fronte alla popolazione, è fortemente condizionata da tale adesione.

Attualmente, la situazione è piuttosto variegata<sup>82</sup>.

La *shari'a*, come fonte del diritto in posizione apicale, è menzionata espressamente nella maggior parte delle leggi fondamentali dei paesi di tradizione islamica, tra cui: l'Arabia Saudita, dove, posto che la sovranità è riconosciuta solo a Dio (Art. 1), il governo si basa sui principi della «giustizia», della «consultazione» e dell' «uguaglianza», in accordo con la *shari'a* (Art. 8); il Sudan, dove, posto che la sovranità è riconosciuta solo a Dio e delegata, attraverso il principio di successione, al popolo (Art.4), la fonte del diritto è individuata, nell'ordine, nella *shari'a*, nel consenso nazionale espresso attraverso il voto, nella Costituzione e nella consuetudine (Art. 65); l'Egitto, la cui Costituzione individua nella *shari'a*, intesa come giurisprudenza islamica, la principale fonte della legislazione (Art. 2); lo Yemen, dove la giurisprudenza islamica è la fonte preminente della legislazione (Art. 3); nell'Oman, in cui la Costituzione individua nella *shari'a* la "base" della legislazione (Art. 2). Un caso a parte è costituito dall'Iran, dove la *shari'a* non viene menzionata per il semplice fatto che la natura stessa della Costituzione è sciaraitica (Artt. 1,2,4).

In altri Paesi, la *shari'a* è menzionata come fonte del diritto, in maniera implicita o indiretta, ma non per questo meno efficace dal punto di vista giuridico. Ciò accade, tra l'altro, in: Algeria, dove «le istituzioni vietano (...) le pratiche contrarie alla morale islamica» (Art. 9); in Pakistan, dove «i precetti dell'Islam, così come contenuti nel Sacro Corano e nella Sunnah, saranno la norma suprema e la fonte per la produzione legislativa» (Art. 2); in Afghanistan, nella cui Costituzione «nessuna legge andrà contro «i principi della sacra religione dell'Islam e di altri valori sanciti in questa Costituzione» (Art.2); in Siria, dove la giurisprudenza islamica è la principale fonte della legislazione (Art. 3 (1), (2)); nel Kuwait, dove la *shari'a* «sarà la principale fonte della legislazione» (Art. 2); nel Bahrain, dove «la *shari'a* (la legge islamica) è una fonte «preminente» (Art. 2). A In altri casi, la *shari'a* non viene menzionata, ma la sua collocazione apicale può essere implicitamente ricavata dai riferimenti a leggi e tribunali sciaraitici. Ciò, tra l'altro, accade: in Malaysia, dove è prevista «la costituzione, l'organizzazione e la procedura delle Corti sciaraitiche, che avranno giurisdizione solo sulle persone che professano la religione dell'Islam» (9°, II (1) Art. 74,2); in Nigeria dove la Costituzione prevede una Corte sciaraitica d'Appello a livello statale e sub-statale (Art. 5); in Giordania, nella cui Costituzione si prevede che le questioni inerenti lo statuto personale, definite per legge, rientrano nella competenza dei tribunali sciaraitici (Artt. 103,105,106,107); in Marocco, dove non possono essere oggetto di revisione costituzionale né la forma monarchica dello Stato né le previsioni relative alla religione islamica (Art. 106); in Libia,

<sup>81</sup> Cfr. K. Abou El Fadl, *The Great Theft. Wrestling Islam from the Extremists*, New York, HarperCollins Publishers, 2007, pp. 34 e ss. L'espressione è stata ripresa da papa Joseph Ratzinger nel discorso di Berlino del 22 settembre 2011. Per un confronto sul punto, con riferimento specifico all'Islam e al rapporto tra diritto musulmano e diritto dei paesi musulmani. Cfr. S. Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi: ebraismo, cristianesimo e Islam a confronto*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 17 e ss.; A. Gambaro - R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1996, pp. 461 e ss.; J. M. Otto, *Introduction: investigating the role of Shari'ah in national law*, in J. M. Otto, *Shari'ah Incorporated: A comparative Overview of the Legal System of Twelve Muslim Countries in Past and Presente*, Leiden: Leiden University Press, 2010, pp. 17-49; J.L. Esposito, *Islam and politics*. Syracuse: Syracuse University Press, 1998; N. Feldman, *The Fall and rise of the Islamic state*. Princeton: Princeton University Press, 2008; S. F. Hirsch, 'Islamic Law and Society Post-9/11', *Annual Review of Law & Social Science* Vol.2, December 2006, pp. 165-186.

<sup>82</sup> Una mappa aggiornata può essere ricavata dai seguenti testi: R. W. Hefner, *Shari'ah Politics: Islamic Law and Society in the Modern World*, Bloomington: Indiana University Press, 2011; A. Nisrine, *Shari'ah, Muslim states and international human rights treaty obligations: a comparative study*, London: BIICL, 2008; CIA World Factbook 2011 - Complete Unabridged Edition. Detailed Country Maps and other information (Mobi Reference), (December 17, 2010), Central Intelligence Agency (Author)

dove il diritto successorio viene regolato dalla *shari'a* (Art. 8). La Mauritania si autodefinisce, invece, «Repubblica Islamica» al primo articolo della Costituzione.

Per lo più, nei Paesi islamici che adottano il sistema presidenziale, l'Islam è la religione del Presidente della Repubblica, come, ad esempio, in Algeria (art. 73) e in Siria (Art. 35). Significativa eccezione, in questo senso, è quella dell'Egitto, dove tra i requisiti soggettivi del Presidente non è menzionata la religione.

In genere, il riconoscimento esplicito dell'Islam quale religione di Stato s'accompagna all'individuazione della *shari'a* quale fonte principale o preminente della legislazione. Una significativa eccezione è costituita dal Sudan, dove si menziona l'Islam quale religione della «maggioranza della popolazione» e il Cristianesimo e le religioni tradizionali quali aventi «un largo numero di fedeli» (Art. 1). In Indonesia, invece, lo Stato si basa sulla «fede in un unico Dio» (Art. 29,1), posto che ogni persona è «libera di seguire e praticare» la propria religione (art. 28 E,1). In Nigeria, invece, si precisa che non viene adottata alcuna religione di Stato (Art. 11), mentre in Turchia si stabilisce il diritto alla libertà di coscienza e di religione (Art. 24).

È certo che l'esperienza giuridica islamica, per quel che riguarda la sfera giuspubblicistica, risente in maniera molto forte dell'influenza occidentale, esercitata soprattutto nel periodo coloniale, in particolare per quel che riguarda l'adozione di paradigmi stato-nazionali. D'altra parte, il mondo islamico, pur nella sua complessità, in parte ha "adattato" i modelli occidentali alle realtà locali, usandoli come coperture a vecchi e nuovi equilibri di potere formati al di fuori delle procedure democratiche, in parte li ha rielaborati ed integrati, sulla base dell'esperienza giuridica islamica, in chiave "propositiva" nei confronti dell'Europa, come dimostrano le solide e molteplici elaborazioni di stampo giuspubblicistico sviluppatesi nell'ambito della Fratellanza Musulmana, dove la "via" islamica viene proposta come oltrepasamento e inglobamento dell'esperienza democratico-costituzionale dell'Occidente.

## 9. *Le tappe del costituzionalismo nell'Islam contemporaneo*

Per quanto riguarda il costituzionalismo nel mondo islamico, esistono varie periodizzazioni, al riguardo. Noi, ispirandoci a quelle maggiormente consolidate<sup>83</sup>, proponiamo una suddivisione in quattro tappe.

La *prima fase* comincia nel *XIX secolo*, con la *reazione saudita alla crisi dell'Impero Ottomano*. Questa fase è caratterizzata dall'intreccio profondo tra istanze di carattere geopolitico: rielaborare l'esperienza statale europea, quale strumento di razionalizzazione dei rapporti interni alla *umma*; rispondere alla crisi del califfato attraverso l'elaborazione di una "via islamica" al costituzionalismo. Per quanto riguarda il primo aspetto, abbiamo il tentativo di statalizzazione in Egitto di Muhammad 'Ali (1769-1849) prolungatosi fino alla fine del califfato Ottomano. Si impongono, contemporaneamente, le esigenze di modernizzazione, per effetto delle pressioni delle potenze coloniali europee, e nascono esperienze politiche come la riforma costituzionale tunisina del 1861 e il progetto costituzionale marocchino del 1862, attraverso cui si stabilisce un'assemblea legislativa con il compito di limitare i poteri del sovrano. Si sviluppa, in questo periodo, un intenso dibattito, nell'Islam, sulle compatibilità tra Islam e Costituzionalismo. Il grande studioso e politico islamico Khéredine<sup>84</sup>, che dopo aver avuto prestigiosi incarichi nelle corti europee divenne gran Visir del Sultano Abdelhamid nel 1878 a Istanbul, era, ad esempio, convinto che, tra le principali ragioni dello sviluppo economico e sociale dell'Occidente, vi fosse la cultura costituzionale. D'altra parte, egli riteneva che la via del mondo islamico alla democrazia costituzionale dovesse essere tracciata all'interno dei limiti della identità religiosa islamica, cercando di adattare la *shari'a* alle esigenze della modernizzazione e rispettando l'istanza islamica di integrazione sociale. Un ruolo

<sup>83</sup> Cfr., in particolare: M. Oliviero, *Il Costituzionalismo dei Paesi arabi. Le Costituzioni del Maghreb*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 38-45; M. Papa, *L'evoluzione del costituzionalismo nei Paesi arabi tra islam e modernità*, in J.O. Frosini – L. Pegoraro (a cura di), *Islam, democrazia e diritti*, cit., 7-26; L. Mezzetti, *I regimi costituzionali dei paesi islamici fra tradizione e innovazione*, in J.O. Frosini – L. Pegoraro (a cura di), *Islam, democrazia e diritti*, cit., 43-83.

<sup>84</sup> M. Smida, *Kheredine: ministre réformateur, 1873-1877*, Tunis, MTE, 1971; M. Brondino, *Il grande Maghreb: mito e realtà*, Milano, Franco Angeli, 1988, pp. 5 e ss.

determinante, in questa fase, viene svolto dalle politica espansionistica saudita, fondata sull'idea *wahhabita* del recupero dei valori originali dell'Islam come risposta alla decadenza dell'Impero Ottomano e premessa per la ricostituzione dell'antico ordinamento musulmano conformemente ai precetti del Corano (in Arabia Saudita non c'è una Costituzione: la Carta Fondamentale è il Corano). L'esperienza statale saudita nasce, a metà del XVIII secolo, dall'incontro tra il Sultano del Najd, Muhammad ibn Sa'ud, con le dottrine riformatrici di Muhammad ibn Abd al-Wahab, che si rifaceva alla scuola Hanbalita. Di qui nasce un progetto espansionistico, che pone la dinastia saudita, per circa un secolo e mezzo, in conflitto con l'impero Ottomano, con l'Egitto e con altre famiglie arabe.

La *seconda fase* comprende il periodo 1920-1948, e va *dalla spartizione del Medio Oriente all'esplosione della questione israelo-palestinese*. Alla Conferenza di San Remo (aprile, 1920), i rappresentanti delle potenze vincitrici europee – Regno Unito, Francia e Italia – fissarono le linee guida per i loro mandati sulle spoglie dell'Impero Ottomano e stabilirono il controllo britannico della Palestina. Successivamente, con il Trattato di Sèvres (agosto, 1920), al Regno Unito vennero assegnati l'Iraq e la Palestina e alla Francia il Libano e la Siria (i territori, poi, furono confermati in tali assegnazioni dalla Società delle Nazioni con la formula del "mandato"). L'Egitto, che già dall'inizio dell'Ottocento era retto dalla dinastia vicereale "khediviale", sostanzialmente autonoma rispetto all'Impero, rimase sotto il controllo britannico, anche se gli fu riconosciuta una formale indipendenza il 28 febbraio 1922. La dinastia Saudita, che aveva guidato la Rivolta araba contro l'Impero Ottomano nella Prima guerra mondiale, fu ricompensata con un forte controllo su tutta la regione. Algeria, Marocco e Tunisia furono sottoposti al protettorato francese, mentre la Libia rimase colonia italiana.

Questa fase è segnata dalla caduta dell'Impero Ottomano, a seguito della sconfitta subita nella Grande Guerra, e dalla successiva abolizione del califfato, a opera di Kemal Ataturk, nel 1924, che segnò la nascita del moderno Stato nazionale turco, su fondamenti laici e secolarizzati. Altra esperienza stato-nazionale di un certo rilievo è sicuramente quella egiziana, caratterizzata dalla predominanza del partito Wafd, nato come cartello delle forze borghesi intenzionate a perorare la causa della sovranità nazionale dell'Egitto di fronte alle potenze vincitrici della Grande Guerra. Il Paese si avviò, così, verso una profonda modernizzazione economica e istituzionale. L'assenza di una forte borghesia, consapevole del proprio ruolo quale volano dei processi di modernizzazione sociale ed economica, in possesso di una marcata identità a un tempo islamica e nazionale, nonché dotata di mezzi di comunicazione e formazione, invece, si fece sentire in Iraq, data la debolezza della società civile e la persistente immobilità sociale, e in Siria, dove la borghesia locale, pur economicamente e culturalmente vivace, era estremamente frammentata, incapace, pertanto, di esercitare un ruolo politico unitario e di primo piano. In entrambi questi Paesi prevalsero tendenze panarabistiche nazionalistiche, con forti commistioni marxiste e fasciste, che confluirono poi, negli anni Trenta nel partito Ba'ath ("rinascita", in arabo). Viceversa, nell'area maghrebina non ci furono grandi trasformazioni politiche, essendo la vita pubblica sotto il controllo rigoroso del governo francese. I movimenti politici dissidenti si indirizzarono, per lo più, verso il socialismo indipendentista, di cui si cercava di dimostrare la compatibilità con l'Islam (su pressione del governo britannico, il grande *Mufti* di Egitto, aveva dichiarato l'incompatibilità tra Islam e comunismo).

La *terza fase* va dalla *guerra di Palestina alla fine del progetto nasseriano*. In questa fase, si registra, al principio, una forte influenza dei modelli costituzionali francese e inglese, in base all'area geografica. I principi della sovranità popolare e dello Stato di diritto vengono formalmente recepiti nei testi costituzionali, in particolare per quel che riguarda l'indipendenza della magistratura. Per quanto riguarda la forma di Governo, la nascita della V Repubblica francese nel 1958 esercita una forte influenza in tutto il mondo arabo e non solo nell'area francofona, con la conseguente diffusione di modelli presidenzialistici. Tanto la forma di governo quanto la forma di Stato, tuttavia, erano inserite in una cornice ideologica di carattere arabo-nazionalista, non priva di riferimenti all'Islam. Bisogna partire, per comprendere ciò, dalla guerra di Palestina del 1948, che

provocò una grave crisi di delegittimazione dei ceti dominanti legati all'Occidente e fece da detonatore per l'esplosione del nazionalismo arabo, la cui sintesi politica era data dal progetto di "Nazione Araba" sostenuto da Gamal 'Abd Al-Nasser, leader del colpo di stato repubblicano in Egitto nel 1952. Anche in Egitto, però, così come in altri Paesi arabi, l'inefficacia dei sistemi parlamentari corrotti e l'assenza di forze politiche organizzate trasformarono gli eserciti, e le burocrazie militari, in protagonisti della politica istituzionale del mondo arabo. Sull'onda dell'esperienza egiziana, nacquero altri regimi militari-repubblicani, di marcata ispirazione panarabista, ma con chiari riferimenti all'Islam nel testo costituzionale. Emblematica, in merito, appare la vicenda Siriana. Nella Costituzione del 1950 il Paese viene proclamato parte integrante della Nazione Araba. Nei lavori preparatori, le componenti islamistiche, capeggiate dai Fratelli Musulmani, avevano chiesto che l'Islam venisse chiaramente indicato come "la religione di stato". Questo, però, avrebbe creato serie difficoltà con le consistenti minoranze ebraiche e, soprattutto, cristiane. Il carattere frammentario della società siriana è, per certi aspetti, anche all'origine del fallimento dell'unificazione egiziano-siriana, tentata in quegli stessi anni su iniziativa di Nasser. Dopo un periodo di duri scontri, fu trovato un accordo sull'Islam come "religione del Presidente della Repubblica". I riferimenti all'Islam e alla *Shar'ah*, presenti in tutte le costituzioni arabe di questo periodo, non erano, comunque, di pregiudizio al carattere sostanzialmente laico e nazionalista di quei regimi. Si accentuava, invece, il carattere nazional-socialista di questi regimi, in una chiave sostanzialmente anti-occidentale, anche se non tanto antioccidentale da accettare il controllo diretto della superpotenza comunista, considerata amica, ma pur sempre figlia di un'ideologia atea e incompatibile con l'Islam, sia pure con l'Islam fortemente secolarizzato dei regimi panarabistici.

Si moltiplicano, in questo periodo, i riferimenti costituzionali agli ideali socialisti e i tentativi di mettere fine al pluripartitismo, dove esistente, attraverso una tendenziale identificazione tra il Partito e lo Stato (Algeria, 1963; Siria, 1964; Egitto, 1971), teoricamente giustificata con l'esigenza di costruire una fase di transizione a un regime socialista. La ventata nazional-socialista fece sentire, questa volta, i suoi effetti anche nel Maghreb. Da monarchia, la Tunisia divenne una Repubblica nel 1957, a un anno dall'indipendenza, dopo un periodo di pacifica transizione, guidata dal leader della lotta per l'indipendenza Habib Bourguiba, divenuto presidente quello stesso anno, di orientamento moderatamente progressista e nazionalista, ma fundamentalmente ostile all'estremismo islamista e panarabista. Mentre in Algeria, la turbolenta fase successiva all'indipendenza del 1962 trovò una prima stabilizzazione istituzionale nella Repubblica presidenziale del 1963, che, dopo il colpo di stato di Boumedienne del 1965, assunse una chiara connotazione socialista-nazionale, con un ruolo determinante dei militari.

*La quarta fase va dalla Guerra dei sei giorni (1967) alla rivoluzione khomeninista (1978-79).*

Con il progredire della crisi internazionale, l'adesione ai principi dello Stato di diritto, nei sistemi costituzionali del mondo islamico, diventa solo nominale: si conferma il controllo militare della vita politica; si consolida la tendenza all'identificazione tra Partito e Stato; viene molto limitata l'indipendenza della magistratura; vengono eluse le garanzie per le minoranze politiche. In questo modo, l'islam radicale diventa la bandiera della ribellione a quei regimi, che spesso, paradossalmente (ma non tanto, se si leggono bene le pagine precedenti), per difendere l'autonomia della sfera istituzionale e la "laicità" dello Stato, attuano le più violente campagne repressive. L'inizio della fine del progetto politico nasseriano può essere fatto risalire all'umiliante sconfitta inflitta da Israele all'Egitto (insieme alla Siria e alla Giordania) tra il 5 e il 10 giugno 1967. L'Egitto ripiegò su una politica di autodifesa dell'interesse nazionale e di tutela dell'unità del Paese, a discapito sia del riformismo d'impronta socialista, sia dell'idealismo panarabista degli anni precedenti. Diventa, peraltro, centrale, in questi anni, il ruolo dell'Arabia Saudita, per tre ordini di ragioni: a) la sostanziale stabilità interna, sia istituzionale sia politica; b) la mole della sua disponibilità petrolifera, preziosissima soprattutto nei momenti di crisi; c) i buoni rapporti con l'Occidente, risalenti alla prima guerra Mondiale, insieme all'assenza di ambizioni espansionistiche. Tutto ciò, ovviamente, senza tener conto della collocazione centrale dell'Arabia

nella geopolitica islamica (si pensi a Medina e alla Mecca). L'Arabia divenne il vero centro propulsore finanziario e dottrinale dell'Islam mondiale. Questo equilibrio cominciò a entrare gravemente in crisi con la rivoluzione islamista iraniana del 1978. Fino all'ultimo momento, l'amministrazione Carter si rifiutò di intervenire a favore dello scià Pahlavi, perché convinta che, al di là della coloritura religiosa, la rivolta avrebbe portato a un regime libero e non ostile agli Stati Uniti. Di orientamento completamente opposto era l'Arabia Saudita, sia per una storica diffidenza nei confronti dell'Islam iraniano sciita, da parte di alcuni gruppi estremisti sunniti considerato addirittura "pagano", sia per la profonda conoscenza della pericolosità dell'integralismo islamico. Tra gli effetti immediati della rivoluzione iraniana potrebbe, infatti, essere annoverata la rivolta del 20 novembre 1979 alla Mecca, quando un gruppo di integralisti armati si impossessò della più importante moschea dell'Islam, tenendo in ostaggio qualche centinaio di migliaia di fedeli per circa due settimane. Essi proclamavano il ritorno all'Islam wahabita delle origini e accusavano la casa regnante di sudditanza politica nei confronti degli Stati Uniti. Gli integralisti non si ispirarono direttamente alla rivolta di Teheran, dato il loro marcato orientamento anti-sciita. Ma videro in quella rivolta due ragioni fondamentali per passare all'azione: a) l'indebolimento degli Stati Uniti; b) la rinascita di un Islam combattivo e intransigente in ambito sciita, in grado di tenere testa alla più grande Superpotenza mondiale; il che doveva, evidentemente, essere controbilanciato da una più forte determinazione rivoluzionaria e antiamericana in ambito sunnita e da un più deciso ritorno alle origini. Quella rivolta portò la casa regnante saudita su posizioni di grande intransigenza dottrinale e di marcato conservatorismo socio-politico e determinò il rafforzamento delle componenti più integralistiche della famiglia, tanto che più di un analista vede in quell'episodio l'inizio della storia di al-Qaeda. Di fatto, dopo la rivoluzione iraniana, si sono diffusi e rafforzati, nelle Costituzioni dei Paesi islamici, i riferimenti alla *Shari'ah*

La quinta fase va dal crollo del comunismo (1989) all'11 settembre 2001. Anche nel mondo islamico, il crollo del comunismo ha portato al declino dell'ideologia marxista. I modelli costituzionali d'impronta sovietica sono stati abbandonati, per un ritorno, almeno sulla carta, allo Stato di diritto, in particolare secondo le esperienze francese e inglese. Contestualmente, s'è aperta la strada al pluralismo politico e partitico, senza che questo abbia, però, messo in crisi la predominanza del partito unico (anche grazie all'uso preferenziale di forme di governo di tipo dualistico, dove è assente o molto debole il vincolo fiduciario tra esecutivo e legislativo). Il pluralismo politico, d'altra parte, ha dato la possibilità all'integralismo islamico di far sentire la propria voce all'interno delle istituzioni, sia centrali sia periferiche, il che ha favorito anche un processo di re-islamizzazione, almeno formale, delle istituzioni. Il quadro s'è andato evolvendo in questo senso, fino agli attentati del 2001. La lotta, promossa e guidata dagli Stati Uniti, al terrorismo internazionale e ai cosiddetti "stati canaglia" ha portato i grandi Paesi islamici, da un lato, a un deciso impegno interno ed esterno contro l'integralismo e, dall'altro, a "blindare" la posizione delle attuali classi dirigenti. In Egitto, già negli anni Novanta, il presidente Mubarak aveva promosso importanti riforme per garantire il pluralismo politico e i principi di uguaglianza e cittadinanza. Nel 2000 il governo egiziano ha adattato la legislazione nazionale ad alcuni importanti principi internazionali in materia di normativa elettorale, permettendo, tra l'altro, la sorveglianza giudiziaria delle operazioni di voto e il monitoraggio da parte di osservatori esterni da parte delle ONG locali, al fine di garantire maggiore trasparenza e una maggiore legittimità delle decisioni politiche. Nel 2005 è stata introdotta l'elezione a suffragio universale del Presidente, mentre nel 2007, il pluralismo è stato corretto in chiave di "democrazia protetta", attraverso una serie di misure volte a evitare che si creino spazi politico-istituzionali per gli integralisti. In vista delle elezioni presidenziali del 2011, sono state apportate nuove modifiche alla Costituzione, in particolare sono stati introdotti filtri alla candidatura presidenziale, tali, secondo le opposizioni interne, da garantire a Mubarak la scelta del proprio successore. Mentre in Algeria, nel 2008, è stato introdotto il terzo mandato per il Presidente, consentendo, così, ad Abdelaziz Bouteflika di rimanere al vertice dell'esecutivo. In generale, in questi Paesi, l'organizzazione dei poteri pubblici secondo i dettami del Costituzionalismo occidentale, è stata, come spesso accade nei regimi autoritari, solo «un punto obbligato di passaggio per accedere alle sedi internazionali»<sup>85</sup>, così come

<sup>85</sup> G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 130.

la “modernizzazione”, intesa come superamento dell’impianto arabo-socialista, è stata accompagnata da un declino delle politiche sociali e da un irrigidimento delle politiche autoritarie<sup>86</sup>. Il carattere confessionale dello Stato, peraltro, è rimasto immutato, vuoi attraverso esplicita dichiarazione, vuoi attraverso la previsione dell’appartenenza del Capo dello Stato alla comunità islamica, vuoi attraverso la collocazione della *shari’a* al vertice delle fonti giuridiche o in posizione tale da influenzare, comunque, la meccanica legislativa. Peraltro, ciò ha avuto la funzione, soprattutto, di legittimare i regimi all’interno, così come l’adozione formale del *Rule of Law* è servita, per tutto il periodo della Guerra fredda e oltre, a legittimarli all’esterno.

In linea di massima, le costituzioni dei paesi islamici del secolo scorso, si caratterizzano per una struttura dei poteri pubblici “chiusa” sulla concentrazione del potere nelle mani di un organo monocratico (il Presidente o il Re), il quale non incontra reali contrappesi nell’esercizio delle proprie funzioni e instaura un regime fortemente personalizzato in alcuni casi con pesanti risvolti satrapici e malavitosi, tendente a perpetuarsi e ad assumere carattere ereditario. Più specificamente, il modello “semi-presidenziale” della V Repubblica Francese è stato declinato in chiave tendenzialmente autoritaria, per legittimare i sistemi di potere fondati sul dominio assoluto del capo e sul sistema del Partito Unico, o assolutamente dominante, grazie al largo uso di norme di rango costituzionale od ordinario, o di meccanismi amministrativi, volti ad impedire o scoraggiare lo sviluppo di un pluralismo partitico basato sul principio della libera competizione. L’unica eccezione, in questo senso, è costituita dalla Libia, dove il Capo indiscusso, Gheddafi, non ha mai ricoperto alte cariche istituzionali. Peraltro l’organizzazione “costituzionale” – le virgolette, in questo caso, sono obbligatorie – della Libia è stata, praticamente, almeno fino alla guerra civile del 2011, una copertura istituzionale, con un impianto ideologico non del tutto fittizio, ma lontanissimo dalla cultura costituzionale, a un sistema tribale dominato in maniera incontrastata dal *Rais*, il quale disponeva, il più delle volte, anche dell’incondizionato appoggio dell’esercito, dalle cui fila, come altri *Rais*, proviene<sup>87</sup>. Dall’esperienza costituzionale della V Repubblica francese viene soprattutto mutuato il principio emergenzialista, di cui all’art. 16 Cost. fr., utilizzato per adottare percorsi decisionali semplificati e per assumere i pieni poteri senza dare alcuna spiegazione né ai titolari degli altri organi costituzionali, né al Paese<sup>88</sup>. In paesi come l’Algeria, il Marocco, la Tunisia, l’Egitto i processi di modernizzazione economica e di laicizzazione della vita pubblica si sono accompagnati al dilagare della corruzione nelle classi dirigenti, le quali hanno fatto leva sul loro ruolo di garanti della stabilità geopolitica dell’area, contro la diffusione dell’integralismo islamico, per conservare legittimità agli occhi delle potenze democratiche occidentali. Tuttavia, da questo punto di vista, le società di questi paesi islamici si sono rivelate tutt’altro che monolitiche. La vita politica interna, è molto vivace e, anche se, almeno fino al 2011, non è riuscita a trovare sbocchi elettorali e parlamentari credibili, e s’è sviluppata, più nel senso cosiddetto “negativo” dell’attivismo democratico, nel senso che, rispetto alla proposta politica organizzata, hanno prevalso «la protesta» e l’«accusa», e la discussione politica prevalentemente finalizzata a «vedere i politici chiamati a render conto, messi alla gogna e sottoposti a un esame ravvicinato della loro integrità pubblica e privata<sup>89</sup>».

Da uno sguardo complessivo all’esperienza giuspubblicistica del mondo islamico, quale sopra abbiamo proposto, ci pare, in ogni caso, che si possa ricavare l’inesistenza, nei Paesi islamici, della possibilità di “neutralizzare” lo spazio pubblico rispetto ai valori e ai principi contenuti nell’identità e nella storia religiose: al di là delle singole esperienze geograficamente rinchiusi nei perimetri stato-nazionali dell’età contemporanea, esiste un diritto “islamico” che sovrasta i sistemi giuridici dei paesi islamici, e la cui vitalità non sembra essere legata al destino delle entità politiche territoriali che nascono nell’area islamica.

<sup>86</sup> S. Andò, intervento sulla “Crisi globale: le risposte del non profit”, Relazione al meeting di Rimini, 23 Agosto 2009, in corso di pubblicazione.

<sup>87</sup> S. E. Finer, *Militari e politica nel Terzo Mondo(1958-80)*, Rivista italiana di scienza politica, 1980, I, pp 11 e ss.

<sup>88</sup> Cfr. : G. De Vergottini, cit., p. 145; L. Dubouis, “ *Le régime présidentiel dans les nouvelles des états africains d’expression française*”, in *Récueil Pénant*, Paris, n. 691, avril,- mai 1962.

<sup>89</sup> Cfr. C. Crouch, *Postdemocrazia*, cit., p. 18.



## 10. La “primavera araba”

Con l'espressione “Primavera araba” si mettono insieme fenomeni molto diversi tra loro. Il caso libico, ad esempio, è inassimilabile agli altri, in quanto la rivolta ha portato alla luce il carattere del tutto artificiale dell'edificio statale, ragion per cui la vicenda libica è indescrivibile con le categorie della scienza giuridica, anche quando queste si avvalgano degli strumenti offerti dagli sviluppi più recenti della geopolitica. Quella libica appare, a tutti gli effetti, nell'estate del 2011, come una situazione prepolitica, dominata dai clan tribali, che aspetta di essere ordinata, con il contributo determinante delle forze militari occidentali. Peraltro, come è inevitabile che accada in un sito internet che deve soprattutto informare e aiutare il lettore a orientarsi nella massa tumultuosa degli eventi, ci sono alcune semplificazioni. Per quel che riguarda, ad esempio, le “rivoluzioni” egiziana e tunisina, ci sarebbe da dire che l'assimilazione operata non è convincente, se non altro perché in Egitto la transizione è complessivamente controllata dal ceto militare che ha dominato anche nell'era Mubarak, per cui la qualifica di “rivoluzione” per gli eventi che hanno caratterizzato quel Paese è quantomeno discutibile, mentre in Tunisia c'è stata, effettivamente, una rivolta popolare, che ha visto le storiche forze politiche di quel paese protagoniste dei cambiamenti istituzionali. Certamente, non si intende qui muovere critiche alla citata classificazione.<sup>90</sup> Altra riflessione che quella rappresentazione fa sorgere riguarda la completa sorpresa in cui analisti, anche di provata di esperienza, sono stati colti di fronte alla “Primavera araba”.<sup>91</sup> La nozione dell'impopolarità dei regimi arabi era largamente diffusa tra gli studiosi occidentali. Per anni gli studiosi hanno preferito soffermarsi sulla “durevolezza” dei quei regimi, ben più longevi di quelli autoritari o totalitari dell'America Latina del XX secolo. Tale “durevolezza” era sostanzialmente attribuita al fatto che i militari, detentori del controllo sulla politica e sull'economia di quei Paesi, mai avrebbero tollerato lo sviluppo di processi di democratizzazione dal basso. Non è mai stata presa in considerazione seriamente la possibilità che gli stessi vertici militari, per salvare sia la stabilità politica nel lungo periodo sia la loro collocazione apicale nelle istituzioni, a fronte dei tumultuosi mutamenti geopolitici e geoculturali del primo decennio del XXI secolo, potessero mettere in discussione i loro stessi leader o, quanto meno, la rigidità delle leadership, come è accaduto in Egitto e in Tunisia, ma in una certa misura anche in Algeria. Non si è presa in considerazione, cioè, l'eventualità che le stesse autorità politiche di questi Paesi si stessero rendendo conto di stava chiudendo un doppio ciclo politico-istituzionale: il primo cominciato con il crollo del comunismo; l'altro, interno al primo, avviatosi all'indomani degli attentati dell'11 settembre 2001.

La diffusione dei modelli di stampo liberal-democratico, che accompagnò la caduta dei sistemi comunisti, fu, infatti, nel Nord Africa, più nominale che reale, ma creò, nel contempo, forti aspettative di democratizzazione, soprattutto tra i giovani e i ceti medi. Parallelamente, l'affermazione dell'economia di mercato e l'avvio delle politiche di privatizzazione, a seguito delle pressioni esercitate dalle “istituzioni di Bretton Woods”, se, da un lato, stimolarono la mobilità sociale, dall'altro, furono anche strumenti di consolidamento economico delle élite dominanti. Ciò venne senza dubbio agevolato dall'adozione preferenziale di forme di governo di tipo presidenziale. Il riferimento va all'Algeria, all'Egitto e alla Tunisia. Il Marocco, invece, retto da una monarchia costituzionale, ha conosciuto una moderata dialettica politico-costituzionale. Consapevoli dell'indebolimento del proprio ruolo di fronte alle potenze democratiche occidentali, in un contesto geopolitico caratterizzato dalla fine della “pressione da Est”, per via del crollo dei regimi comunisti europei, le élite politico-militari di quei Paesi avviarono alcune significative riforme istituzionali, che possono essere così raggruppate: a) rafforzamento delle dinamiche esecutivo/legislativo (Algeria, 1989 e Marocco 1996: introduzione di un effettivo rapporto fiduciario); b) rafforzamento dell'autonomia della magistratura e introduzione o rafforzamento,

<sup>90</sup> L. Anderson, *Demystifying the Arab Spring: Parsing the Differences between Tunisia, Egypt, and Libya*, Foreign Affairs, May/June 2011;

<sup>91</sup> F. Gregory Gause III, *Why Middle East Studies Missed the Arab Spring: The Myth of Authoritarian Stability*, Foreign Affairs, July/August 2011, nel quale l'Autore fa autocritica sulla tesi sostenuta pochi anni prima, *Can Democracy Stop Terrorism?*, Foreign Affairs, Sep/Oct 2005, in base alla quale gli Stati Uniti non avrebbero dovuto sostenere la democratizzazione dei paesi arabi, perché questo avrebbe portato ad una grave instabilità, in un contesto geopolitico e culturale poco idoneo ai processi di democratizzazione.

laddove già esistente, del sindacato di costituzionalità (Algeria, 1989 e 1996; Marocco, 1996; Tunisia, 2001); c) introduzione di un moderato pluralismo politico (Algeria 1989 e 1996). La stagione riformatrice fu inoltre caratterizzata dall'emersione politica dell'islam popolare, tradizionalmente letto come una minaccia dalle autorità politiche di quei Paesi, come dimostrano le norme di rango costituzionale che vietano le formazioni politiche costruite su basi religiose (cfr.: Costituzione algerina, art. 42; Costituzione egiziana, art. 5; Costituzione tunisina, art. 8). D'altra parte, i movimenti di "islamizzazione dal basso" divennero un importante punto di riferimento anche per i ceti urbani e per parte della borghesia imprenditoriale, in gran parte esclusa dai benefici delle politiche di liberalizzazione.

All'interno di questo ciclo, apertosi all'indomani con il venir meno della Guerra fredda, e quindi delle logiche che giustificavano il "realismo politico" degli occidentali nei confronti dell'autoritarismo dei paesi arabi, se ne apre un altro, come si diceva, con gli attentati di al-Qaeda contro gli Stati Uniti d'America, l'11 settembre 2001. Lo scatenarsi della cosiddetta "Quarta guerra mondiale" rendeva, evidentemente, da parte occidentale, la ricerca del sostegno politico e militare dei paesi arabi. Ciò, naturalmente, fu interpretato dalle élite dirigenti di quelle *phony democracies*, come un'occasione storica irripetibile per "blindare", come si dice con linguaggio giornalistico, la propria collocazione apicale nelle istituzioni e per risolvere, in maniera definitiva, la posizione debitoria nei confronti dell'Occidente, ponendo, anzi, le premesse, per l'apertura di una linea di credito potenzialmente illimitata, come quella in vigore nel periodo della guerra fredda. Così, si affermano o si stabilizzano, in questi Paesi, dure politiche "emergenzialistiche", mentre vengono varate norme di rango costituzionale per impedire la messa in discussione dei vertici politici: in Tunisia, nel 2002, cade il limite dei tre mandati presidenziali (art. 39), sale l'età massima del presidente, per permettere la ricandidatura di Ben Ali, si restringono i requisiti soggettivi del candidato-presidente (art. 40), per scoraggiare eventuali avversari; in Egitto, nel 2007, viene resa praticamente impossibile ogni candidatura alternativa a quella di Mubarak (art. 76); in Algeria, nel 2008, viene resa possibile la rieleggibilità di Boutenflika (art. 74).

Nel XXI secolo, però, le condizioni non sono più quelle del periodo della "guerra fredda". Ci sono, nel mondo arabo islamico, tre importanti novità di carattere sociale.

In primo luogo, c'è una crescente consapevolezza della forza "alternativa" della civiltà islamica rispetto ai modelli democratici occidentali, palesemente in crisi a causa del declino della forza ordinatrice del paradigma stato-nazionale. Gli attentati dell'11 settembre 2001 hanno avuto, in ciò, un effetto contraddittorio. I sostenitori della legittimità di quell'atto rappresenta solo un'infima minoranza del mondo islamico. Il dibattito, però, apertosi nel mondo islamico dopo l'11 settembre ha portato, anche in contrapposizione all'opzione terroristica, ad una crescente attenzione del mondo intero, e in speciale modo dei giovani musulmani, nei confronti della tradizione politica e giuridica dell'Islam, della sua forza antagonista nei confronti della civiltà occidentale e della sua capacità di ospitare una via originale, e cioè diversa sia dal comunismo sia dal liberalismo occidentale, alla democrazia costituzionale e alla giustizia sociale. Infatti, la rivolta della "Primavera araba" non è stata una rivolta "islamista", ma "islamica" a tutto tondo, e cioè religiosa e laica, orientata allo Stato di diritto e alla democrazia sociale, alla difesa delle libertà individuali e alla riaffermazione del principio comunitaristico, al rifiuto dell'integralismo religioso e della neutralizzazione religiosa dello spazio pubblico, al rispetto della libertà di fede e al riconoscimento del ruolo "sociale" e "culturale" della *shari'ah*, quale fondamento per la razionalizzazione dello spazio pubblico.

In secondo luogo, se le condizioni economiche della gran parte della popolazione non erano peggiorate, e in qualche caso (v. l'Egitto) erano anche migliorate nell'ultimo decennio, era però cresciuta la consapevolezza da parte dei giovani della piccola e media borghesia della grave situazione di immobilità in cui versava la società. L'alto livello di istruzione raggiunto da molti giovani e le crescenti ambizioni della *middle class* hanno reso intollerabile il regime di oppressione economica vigente in quei Paesi.

In terzo luogo, le autorità politiche e militari di quei paesi si rendono conto che i sistemi ai cui vertici sono collocati non sono nelle condizioni di reggere né le sfide della globalizzazione economica né il dissenso crescente della popolazione, in considerazione del fatto che, a dieci anni dall'11 settembre, la "linea di credito" con l'Occidente è entrata in crisi, sostanzialmente per due ragioni: a) l'Occidente, sia pure a prezzo di grandissimi sacrifici umani ed economici, ha vinto la sua battaglia contro il terrorismo internazionale sia sul piano militare, con lo smantellamento delle sue basi e

l'eliminazione dei suoi capi più importanti, sia sul piano istituzionale, con la metabolizzazione all'interno dei sistemi giuridici della minaccia terroristica, attraverso la stabilizzazione delle norme antiterrorismo nei vari sistemi di checks and balances; b) la crisi economica globale impone agli stessi paesi occidentali una rigorosa politica di spesa, incompatibile con la concessione di benefici economici a paesi terzi.<sup>92</sup>

Il cosiddetto "Tsunami del Nordafrica" prende, dunque, avvio a Sidi Bouzid, 200 km a sud di Tunisi, dove un giovane laureato, venditore ambulante, il 17 dicembre 2010 si dà fuoco. La rivolta si estende rapidamente. Il 14 gennaio 2011, il Presidente Ben Ali abbandona la Tunisia. L'interim viene prima assunto dal primo ministro Mohammad Gannouchi (v. art. 56 della Costituzione) e, a seguito dalle proteste popolari, dal presidente della Camera (v. art. 57 della Costituzione), Foued Mebazaa. Si forma un governo provvisorio, dominato dal partito di Ben Ali, l'RCD. Lo stesso RCD viene praticamente sciolto d'ufficio e Gannouchi, a fine febbraio, viene sostituito da Beji Caid Essebsi, già ministro di Bourghiba. Nel frattempo, il parlamento approva una legge che consente al presidente a *interim* di emanare decreti-legge in numerose materie sensibili: diritti fondamentali; regolamentazione dei partiti politici; legislazione elettorale; amnistia. Di fatto, riemerge il sistema dei partiti, oscurato in precedenza dall'egemonia istituzionale dell'RCD. Essebsi scioglie la polizia politica e annuncia l'elezione di un'Assemblea costituente per il 24 luglio (la data sarà poi spostata al 16 ottobre) nonché la costituzione di un Consiglio superiore per la rivoluzione, in cui siedono i rappresentanti dei partiti, con compiti di consulenza per il governo. Dall'organismo esce, poi, il movimento islamico "Ennahda". La Commissione di Venezia presterà, inoltre, assistenza al governo in materia di *drafting* costituzionale. Si diffondono, intanto, manifestazioni di devozione islamica. Il numero dei partiti arriva a 37, ma il governo nega l'autorizzazione a un partito islamista, annunciando nel contempo la rimozione del divieto per le donne di apparire velate sui documenti di identità.

In Marocco, a seguito di alcune pacifiche manifestazioni, il Re, il 3 marzo sostituisce il «Consiglio consultivo dei diritti dell'uomo» con il «Consiglio nazionale dei diritti dell'uomo», che ha poteri più incisivi ed è presieduto da Driss El Yazami, già militante dell'estrema sinistra marocchina, in esilio dal 1970. Il sovrano annuncia un programma di riforme, dove: a) si dà rilievo costituzionale alla presenza dell'etnia berbera; b) si amplia il catalogo delle libertà individuali e si rafforzano gli strumenti per il loro esercizio; c) si consolida l'indipendenza della giurisdizione; d) si potenzia la dialettica esecutivo/legislativo; e) si prevedono nuove misure a garanzia della neutralità e dell'efficienza della pubblica amministrazione. Il discorso incontra anche il favore degli islamisti del gruppo "Giustizia e sviluppo".

In Algeria le rivolte hanno inizio il 6 gennaio, soprattutto per il rincaro dei beni alimentari. Il governo reagisce con la repressione e con l'abbassamento forzato dei prezzi. Il 12 febbraio, su iniziativa del neocostituito «Collettivo per la democrazia», che raduna partiti di opposizione laici e islamici, si svolgono manifestazioni ad Algeri. Nello stesso periodo, viene revocato lo stato di emergenza, in vigore dal 1992. Vengono, inoltre, annunciate riforme economiche di segno liberista e sussidiarista, nonché prestiti ai giovani e politiche occupazionali nel campo delle energie rinnovabili.

In Egitto, il "popolo di Piazza Tahrir" manifesta il 25 gennaio: in maggioranza si tratta di giovani con buon livello di istruzione, ma si notano anche diversi *businessmen* egiziani. Le forze dell'ordine intervengono, provocando centinaia di morti. L'esercito, invece, solidarizza con la piazza. La leadership della rivolta viene presto assunta dai vertici militari, con il sostegno dei Fratelli Musulmani. Il Presidente Mubarak, il 29 gennaio, nomina per la prima volta un vicepresidente (v. art. 139 della Costituzione), il generale Suleiman, già capo dell'intelligence, il quale, a sua volta, l'11 febbraio annuncia le dimissioni del Presidente. Contestualmente si costituisce il Consiglio Superiore delle Forze Armate (CSFA), non previsto dalla Costituzione, presieduto dal Ministro della Difesa. A partire dal «comunicato» del 10 febbraio, in cui il CSFA annuncia di essere in stato

<sup>92</sup> Su questi aspetti, cfr., per un aggiornamento: S. Odugben - T. Lee (a cura di), *Accountability through Public Opinion. From Inertia to Public Action*, World Bank, 2011, [www.scribd.com](http://www.scribd.com); AA. VV., *The New Arab Revolt: What Happened, What It Means, and What Comes Next*, Council on Foreign Relations, Foreign Affairs, Maggio Giugno 2011, spec. J. A. Goldstone, *Understanding the Revolutions of 2011. Weakness and Resilience in Middle Eastern Autocracies*; Y. Abdi, *Arab Spring: Closing the Jobs Gap. High youth unemployment contributes to widespread unrest in the Middle East* *Finance & Development*, in *Finance & Development* (International Monetary Fund), Giugno 2011.

di riunione permanente per «proteggere» la nazione, la crisi viene disciplinata dai documenti del CSFA, pubblicati su *internet*. Il 13 Febbraio il CSFA sospende la Costituzione e assume la gestione degli affari pubblici per un periodo di sei mesi o fino alle elezioni politiche e presidenziali. Viene, altresì, annunciata la formazione di una Commissione per la revisione costituzionale. Le modifiche sono, soprattutto, volte a mitigare le norme emergenzialistiche e a garantire il pluralismo politico. Vengono, invece, lasciati invariati i ‘pilastri’ della Costituzione di Mubarak quali : a) la *shari’a* come fonte principale giuridica (Art. 2); b) il divieto di costituzione di partiti di ispirazione religiosa (Art. 5); c) la Costituzione economica liberista; d) il rafforzamento del Capo dello Stato; e) la moderata riqualificazione del rapporto tra esecutivo e legislativo. D’altra parte, viene riscritta in senso restrittivo la disciplina riguardante i requisiti soggettivi del candidato alla presidenza. In base al nuovo articolo 75, il Presidente della Repubblica, oltre ad essere nato in Egitto da genitori egiziani, godere dei diritti politici e avere un’età non inferiore ai 40 anni, come previsto già nel precedente testo, non deve, inoltre, «avere cittadinanza straniera» né essere figlio di persone con cittadinanza straniera né essere sposato con una persona non egiziana. Si tratta, con tutta evidenza, di una misura volta a contrastare la candidatura di personalità egiziane vissute o formatesi all’estero.

Il 3 marzo viene conferito l’incarico di Primo Ministro a Essam Sharaf, già Ministro dei Trasporti del governo precedente. Il 19 marzo si celebra il referendum, che ha l’appoggio dei Fratelli Musulmani e delle componenti residue del Partito di governo, ma suscita proteste tra i “giovani di Piazza Tahrir”. Dopo 11 giorni viene emanata una Dichiarazione Costituzionale che “formalizza” la posizione del CSFA, implementa gli emendamenti costituzionali votati nel referendum e colloca in una posizione privilegiata i diritti fondamentali. Vi si stabilisce, infine, la disciplina della “transizione”: dopo le elezioni politiche (da tenersi, ma ciò non è chiaro, a settembre), i parlamentari avranno sei mesi di tempo per istituire un’assemblea costituente di 100 membri, al fine di varare una nuova Costituzione entro sei mesi, da sottoporre poi a *referendum* entro 15 giorni. Da parte di alcuni giuristi, però, si obietta che, secondo la giurisprudenza costituzionale, le elezioni politiche devono essere *successive* al varo della nuova Costituzione da parte di un’Assemblea costituente. In effetti, si teme che la Costituzione venga varata da un Parlamento egemonizzato dalla Fratellanza. Di fatto, l’elezione del presidente Morsi, esponente di punta della Fratellanza, nel giugno 2012, chiude la prima fase della transizione. Si apre una complessa trattativa tra la Fratellanza, i giudici della Corte costituzionale e i militari. Ma appare ormai impossibile un ritorno al passato: per quanto tormentato, il varo della nuova Costituzione – che ci caratterizzerà per un rafforzamento delle fonti scialitiche – non potrà essere il frutto della decisione di ristrette oligarchie.

Il caso egiziano, da questo punto di vista, fornisce una chiave interpretativa di tutto quello che sta accadendo nel Nordafrica. A dieci anni dagli attentati dell’11 settembre, vanno, così, in crisi le politiche di autoconservazione attuate dalle classi dirigenti di questi Paesi. Le rivolte, inoltre, hanno fatto emergere i soggetti chiave nei vari sistemi politici: l’esercito in Egitto e in Algeria, la casa reale e il sistema dei partiti in Marocco, il sistema dei partiti in Tunisia, le tribù in Libia. Un dato comune è quello del ruolo centrale ricoperto dall’islam popolare, e in particolare dai Fratelli Musulmani, che in questo ultimo decennio hanno rafforzato il loro radicamento popolare, raccogliendo importanti adesioni sociali trasversali e diventando un punto di riferimento per molti oppositori dei vari regimi.

## 11. Il diritto islamico pubblico: una sfida per l’Occidente?

Esiste una dottrina giuspubblicistica islamica, intesa come un insieme di fini e valori che, nei Paesi islamici, per un verso, orienta e legittima la gran parte delle forze politiche e, per l’altro, sorregge ogni potere costituente. In questo senso, qualsiasi forza “ordinante” nel mondo islamico è tale perché essa stessa è “ordinata”,<sup>93</sup> cioè ricostruibile, nel suo sistema di valori e nella sua struttura organizzativa, come parte della storia della *umma*, intesa come comunità istituita da Dio. Questa è la conclusione del nostro ragionamento.

<sup>93</sup> Per l’uso di queste categorie si rimanda alle questioni metodologiche affrontate nell’Introduzione. Cfr. A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, cit.

Come abbiamo visto, da un punto di vista islamico, uno spazio diventa “pubblico”, ovvero viene sottratto alle brutali forze della natura, quando viene “sottomesso” a Dio, organizzato secondo i principi rivelati nel Corano o, anche, secondo principi compatibili con la Rivelazione e con il credo monoteista. La “giuridicizzazione della terra”, in questo senso, s’accompagna necessariamente a una “santificazione della storia”, intesa come processo di espansione dello “spazio pubblico”, ovvero di emancipazione dell’uomo dai capricci della natura (tra i quali vanno ricompresi i capricci dei tiranni, identificati, biblicamente, come coloro i quali assecondano le passioni, invece di arrendersi alla Profezia). Questa visione del mondo può liberamente articolarsi in una chiave “laica” o “fondamentalista”, “progressista” o “conservatrice”, senza perdere i propri connotati essenziali. Da un punto di vista di teoria generale del diritto, ciò appare possibile essenzialmente perché le norme sulla produzione delle norme, nella civiltà islamica, poggiano su una *Grundnorm* – non posta, ma – *presupposta*, ovvero inaccessibile alla rappresentazione e, dunque, in ultima analisi, indisponibile a una ricostruzione strumentale di tipo politicistico. Certamente, la concreta determinazione di quella *Grundnorm* – ovvero l’insieme delle proposizioni giuridiche che da essa fanno derivare le norme positive – si ha in forza del principio di effettività. Nell’Islam il “credere in” e “l’agire per” sono tra loro inscindibili: si ha, in questo senso, un’accentuazione notevole della *vis* volontaristico-comunitaria che sorregge il profetismo biblico. Per questo, gli interessi della *umma* occupano una posizione centrale nel diritto islamico. Ma non esiste alcuna possibilità per un leader o per gruppo politico di rivendicare per sé la piena ed esclusiva titolarità nel rappresentare quegli interessi: è questa la radice della insuperabile ostilità islamica alle personalizzazioni del potere e al satrapismo – fenomeni di derivazione “orientale”, espressioni di religiosità tendenzialmente panteistiche e sapienziali, con cui pure i musulmani si sono nella storia contaminati, specie su iniziativa delle classi dirigenti “illuminate” ancorché dispotiche, ma che vengono considerate con ostilità dall’Islam e associate, nella condanna all’ “ignoranza” e alla “confusione” in cui vivono i pagani prima di conoscere/accettare il principio dell’unicità divina.

Insomma, abbiamo dimostrato che si può parlare di un “diritto islamico pubblico” e non solo del “diritto dei Paesi islamici”, almeno fino a quando potrà parlarsi di un diritto pubblico occidentale oltre che di un diritto dei Paesi occidentali. Il diritto islamico pubblico si sviluppa in maniera obliqua rispetto alla dimensione stato-nazionale, che esso incorpora o utilizza, ma nella quale non si lascia assorbire: in questo, il caso egiziano risulta estremamente istruttivo. In tal senso, può parlarsi di “polarità” teologico-politica dell’Islam. non essendoci nell’Islam una dimensione “sacrale”, non è pensabile una “laicizzazione”, nel senso occidentale della “neutralizzazione” dell’elemento religioso nello spazio pubblico. Nell’Islam, il nesso tra dimensione religiosa e dimensione politica viene esaltato proprio dalla netta “visibilità” dei due termini: l’uno rimanda all’altro. È questo il punto critico di ogni politica occidentale in ambito islamico: quando si crede di avere isolato l’elemento politico, nell’Islam, perché magari lo si è reso “visibile” (in un partito, uno slogan, eccetera), si finisce inevitabilmente per suscitare l’elemento religioso, e viceversa. La giuridicizzazione dello spazio e la santificazione della storia restano, per il musulmano, due compiti tra loro inscindibili, in qualche modo legati alla stessa percezione della dignità umana.

In forza di ciò, può essere identificata una via islamica alla costruzione dello Stato di diritto, dove la limitazione del potere avviene sulla base del richiamo – non a diritti inviolabili della persona, attraverso una norma “a fattispecie aperta”, ma – all’imperscrutabile volontà divina, attraverso l’ “interposizione”, nel sistema normativo, del richiamo ai principi sciaraitici: nei “diritti di Dio” abita la stessa dignità umana. Per questo, nell’Islam, la via verso la democrazia costituzionale può comportare – paradossalmente, da un punto di vista occidentale – anche processi di *desecolarizzazione* dello spazio pubblico e del diritto, nel senso che i principi sciaraitici si configurano fonte per la modernizzazione economica, per la limitazione del potere e per l’affermazione del primato dei diritti fondamentali. In sintesi estrema, non è pensabile, nel mondo islamico, un’evoluzione del *fiqh* verso una dimensione secolare, separatamente dalla *shari’a*. Quest’ultima resta la costante e immutabile base del diritto. Ciò spiega, come abbiamo visto, la centralità dei giudici, soprattutto per quel che riguarda l’Islam sunnita e con particolare riferimento all’Egitto, intesi quali garanti della “polarità” di cui si diceva, ovvero del principio del *din wa dawla*. Il *din wa dawla* – la connessione tra religione e società – non va letta in termini “teocratici”, ma, appunto, teologico-politici. E la funzione del giurista è soprattutto quella di salvare tale polarità, contro ogni tentativo di *reductio*, sia esso di segno

teocratico sia esso di segno secolaristico.<sup>94</sup> È questa, forse, la più ardua sfida che l'Islam lancia oggi all'Occidente.

\*\*Professore associato di Diritto pubblico comparato – Università Kore di Enna.  
[cirosbailo@gmail.com](mailto:cirosbailo@gmail.com)

Forum di Quaderni Costituzionali



---

<sup>94</sup> Sul ruolo della Corte costituzionale egiziana, si rimanda a: C. Sbailò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*, Padova, Cedam, 2012, pp. 205 e ss; C. Sbailò, *Elezioni presidenziali in Egitto: quando le Corti vogliono guidare le transizioni*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2012, pp. 646-649.

stituzionali