

## LE CATEGORIE GIUSPUBBLICISTICHE EUROPEE ED I PARADOSSI DELL'ISLAM MEDITERRANEO. RIFLESSIONI SULLA PRIMAVERA ARABA\*

Prof. CIRO SBAILÒ  
*Università "Kore" (Enna, Italia)*

---

### *Sommario:*

§1. Precisazioni terminologiche: “principi sciaraitici”, “costituzionalismo”. §2. Senza Stato-Nazione non c'è Costituzionalismo, *ergo...* la tesi di VIATIKIOTIS e i suoi limiti. §3. Vincolo sciaraitico all'attività legislativa e divieto di formare partiti religiosi: due disposizioni non necessariamente incompatibili tra loro. §4. Lo Stato di diritto nelle fonti coraniche. §5. Universalità spaziale e temporale della *Umma*. §6. Il caso egiziano. §7. Conclusioni.

---

### §1. Precisazioni terminologiche: “principi sciaraitici”, “costituzionalismo”

La domanda circa la compatibilità tra Islam e Costituzionalismo è molto antica. Ma essa assume una drammatica attualità a fronte delle più recenti evoluzioni politiche, cariche di conflitti anche molto sanguinosi, dell'Islam mediterraneo.

Ci riferiamo a quell'insieme di fenomeni normalmente raccolti sotto il nome di “Primavera araba” o, se si vuole, di “Risveglio arabo” e,

---

\* Il presente testo nasce dalla rielaborazione di alcune parti delle seguenti tre conferenze: *Il ruolo costituzionale delle Forze Armate nei processi di transizione della Primavera araba*, tenuta il 29 novembre 2013, a Bari, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”, nell'ambito del Convegno “Sicurezza, Legalità, Sviluppo: Analisi e prospettive per la crescita del territorio”, a Bari, organizzato da Apulia Onlus - sessione su «La sicurezza “esterna”: gli equilibri geostrategici nel bacino del Mediterraneo» (con la partecipazione del sen. FRANCESCO AMORUSO, il Gen. STEFANO DEL COL, del Prof. ALESSANDRO TORRE, e della Cons. Amb. GIUSEPPINA ZARRA); *Sharia'ab e Costituzionalismo*, tenuta il 14 gennaio 2014, a Roma, presso l'Università degli Studi Internazionali, nell'ambito del Ciclo di incontri sulla Lingua e la Cultura dei Paesi arabi (con la partecipazione del Rettore Prof. VINCENZO ZENO ZENCOVICH e del Prof. ANGELO IACOVELLA); *La nuova Costituzione egiziana*, tenuta il 17 gennaio 2017, a Roma, presso il Centro di Alti Studi di Difesa, nell'ambito di un seminario dedicato a “Le Prospettive dell'Egitto” (con la partecipazione del Gen. Div. CC EDUARDO CENTORE, del Prof. GIUSEPPE CECERE, della Prof.ssa VALENTINA COLOMBO, dell'Amb. ENRICO GRANARA, dell'Amb. MARIO E. MAIOLINI e del Dott. PAOLO QUERCIA).

secondo alcuni, di “Risveglio islamico”. Tralasciamo qui ogni considerazione sulla fortuna o sfortuna di tali definizioni, limitandoci a notare che la Primavera non è necessariamente una stagione piacevole e tranquilla. Parafrasando quel che il poeta disse del mese di aprile, la Primavera può essere la più «crudele» delle stagioni, perché rimescola «memoria e desiderio» e risveglia «spente radici»<sup>1</sup>.

Fatto sta che quell’insieme di avvenimenti ha messo a dura prova le categorie giuspubblicistiche degli studiosi europei. Emblematico il caso del cosiddetto “colpo di Stato democratico” in Egitto. Più corretto sarebbe stato parlare di un “colpo di Stato” contro i *Fratelli Musulmani*. Di fatto, nel caso della rimozione forzata del presidente MORSI, abbiamo fatto i conti con una weberiana “lotta tra i valori”: da una parte avevamo il principio di legalità e il rispetto della volontà popolare (MORSI è stato, per la prima volta nell’Egitto contemporaneo, eletto in maniera trasparente e democratica, secondo procedure prestabilite e controllate, mentre la raccolta di firme contro di lui s’è svolta in maniera non verificabile dal punto di vista giuridico); dall’altra la sicurezza del Paese e la stabilità geopolitica. È significativo il fatto che oggi in Egitto sia in vigore una carta costituzionale meno islamista, meno sessista e meno comunitarista di quella voluta dai Fratelli musulmani, ma non per questo più democratica e più liberale: anzi, si tratta di un testo che presenta non pochi vulnera sul piano delle garanzie fondamentali.

Se si parte, dunque, dalla premessa che la secolarizzazione dello spazio pubblico e lo Stato di diritto siano tra loro indissolubilmente legati, risulta difficile spiegare quel che accade nella sponda sud del Mediterraneo. Prima, dunque, di riprendere la domanda di cui sopra, sarà bene fare alcune precisazioni di tipo terminologico. Dobbiamo, cioè, definire i termini del confronto.

Genericamente, si parla, e anche noi lo abbiamo fatto, di “Islam” e “Costituzionalismo”. È bene, però, data anche la delicatezza e complessità della questione essere più precisi. Più che all’“Islam”, ci pare opportuno far riferimento ai “Principi sciaraitici”. L’Islam, infatti, è una realtà incommensurabile con il costituzionalismo: un fenomeno geopolitico antico e complesso, da una parte; una dottrina politico-giuridica, dall’altra. Preferiamo anche di evitare di assumere, quale termine del confronto, la *Shari’a*, perché con quest’espressione si fa riferimento a un corpus vasto e complesso di principi (appunto), di norme primarie e secondarie, di giurisprudenza, interpretazioni dottrinali e consuetudini (che possono variare da Paese a Paese). Viceversa i “principi sciaraitici” rappresentano una panoplia abbastanza ristretta e concettualmente controllabile di

---

<sup>1</sup> Cfr. ELIOT T. S., *The Waste Land*, New York 1922.

presupposti dell'ordinamento giuridico ed è questa, infatti, l'espressione più comunemente usata nelle Costituzioni dei Paesi dichiaratamente islamici. Essi non sono elencati in maniera sistematica, ma vengono ricavati dai giuristi tramite astrazioni generalizzanti, per induzione, dal Corano, dalla Sunna e dalla giurisprudenza (escludiamo, ovviamente, i "Cinque Pilastri", che sono ben più che "principi", ma, per i musulmani, diretta espressione della volontà divina). Senza pretesa di esaustività, li indichiamo, qui, adottando il metodo induttivo di cui sopra, facendo riferimento alla Costituzione Egiziana del 2012, poi abrogata dalla giunta militare arrivata che ha preso il potere il 3 luglio 2013. In particolare ci riferiamo alla ricostruzione su base coranica delle libertà fondamentali e dei diritti sociali. Tale ricostruzione muove dalla definizione di «libertà», che è un diritto, ma, soprattutto, è «un principio divino stabilito dal Creatore», in quanto «Dio ha creato l'uomo libero e dotato con il più alto grado di raffinatezza, intelligenza e saggezza» (*Preambolo* §4). Il popolo resta la «fonte» della sovranità (*Preambolo* §§ 1 e 2), mentre la «dignità di una Nazione» è strettamente legata alla «dignità dell'individuo» e in particolare delle donne, che vengono definite «sorelle» degli uomini e «partner» negli incarichi e nelle «responsabilità nazionali» (*Preambolo* §3). Per questo, a tutti i cittadini, «uomini e donne», senza discriminazioni, nepotismi o «trattamenti preferenziali» vengono garantiti «eguaglianza e pari opportunità» tanto nei «diritti» quanto nei «doveri» (*Preambolo* §5). La libertà, dunque, si basa sul «diritto», al quale deve «soccombere» anche lo Stato (*Preambolo* §6). Quest'ultimo, poi, deve prestare particolare cura alla famiglia, «base della società» e «fondata sulla religione, la moralità e il patriottismo». In particolare, lo Stato protegge il «genuino carattere della famiglia egiziana, la sua coesione e la stabilità, proteggendone i valori morali, secondo quanto stabilito dalla legge» e assicura assistenza sanitaria gratuita alle madri e ai bambini, facendosi carico della conciliazione dei doveri della donna verso la famiglia e verso il lavoro (art. 10). Per quel che riguarda la libertà religiosa, un particolare *status* viene riconosciuto alle religioni «celesti»: Islam, Cristianesimo ed Ebraismo (artt. 3 e 43), i cui «profeti» non possono essere offesi (divieto di blasfemia, art. 44).

Venendo all'altro termine del confronto, non parliamo di "democrazia" perché l'espressione è troppo vaga, soggetta a un'infinità di interpretazioni e manipolazioni ideologiche. "Democrazia costituzionale" va già meglio, ma non dice tutto quello che vogliamo dire: noi vogliamo verificare la compatibilità non tra due sistemi compiuti e definiti, bensì tra due principi ordinatori. Per questo, non ci convince neanche la ricerca del

rapporto tra *Shari'a* e Costituzione<sup>2</sup>. A noi, più che la Costituzione in sé, interessa ciò che anima la formazione delle Costituzioni. Vale a dire, a noi interessa il costituzionalismo, come dottrina della “limitazione del potere”. Per stare, dunque, alle definizioni classiche, intendiamo il costituzionalismo come dottrina della “limitazione del potere”, che, in contrapposizione «all’assolutismo affermatosi nei secoli precedenti negli stati nazionali europei», propugnava «la limitazione dell’assolutismo del sovrano e la conquista di un sistema di garanzie nei confronti del potere politico»<sup>3</sup>. L’antica dottrina della limitazione del potere, che ha in PLATONE uno delle sue fonti principali, viene rielaborata completamente rielaborata dai moderni, che attuano rispetto al passato una “rottura”, nell’età della Rivoluzione Americana e di quella Francese: «Il costituzionalismo moderno (...) si articola attorno a cinque nuclei forti: la costituzione scritta (...), il potere costituente (...), la dichiarazione dei diritti (...), la separazione dei poteri (...), il controllo di costituzionalità delle leggi (...)»<sup>4</sup>.

Su queste basi, dunque, possiamo chiederci – prendendo le mosse dal tragico scontro in atto nel Mediterraneo tra elite politico-militari e “riespansione islamica” – se i principi sciaraitici siano compatibili con il costituzionalismo, ovvero se sia concepibile un ordinamento politico nel quale, da una parte, i principi sciaraitici siano collocati al vertice delle fonti normative e i valori islamici riconosciuti quali basi della convivenza, e, dall’altra, sia garantito il rispetto dei valori fondamentali del costituzionalismo.

Anticipiamo, qui, e sintetizziamo l’ipotesi che sta guidando la nostra ricerca. Oggi ci pare “falsificabile”, in senso popperiano, la teoria di una sostanziale compatibilità tra principi sciaraitici e costituzionalismo. Per quel che riguarda la Costituzione scritta, ovviamente, non c’è bisogno di spendere parole. In merito al potere costituente, tra i principi sciaraitici ha, per l’appunto, un ruolo fondamentale quello del carattere “delegato” dell’esercizio di ogni potere sovrano e, quindi, dell’esistenza di un forte vincolo di mandato tra chi scrive le norme poste a base dell’ordinamento e il popolo. Quanto alle dichiarazioni dei diritti, non è neanche il caso di elencare quelle scritte in ambito islamico. Naturalmente, le dichiarazioni islamiche dei diritti contengono un esplicito riferimento alla Trascendenza e, in alcuni casi, alla stessa Rivelazione coranica: nel primo caso, non ci pare che vi sia nulla di scandaloso, né di nuovo, anche per l’Occidente; nel

<sup>2</sup> Sul tema, tra i molti, ved. CECCARELLI MOROLLI D., *Alcuni brevi cenni sul concetto di “Stato Islamico” e sulle radici del “diritto pubblico islamico”*, in FAZZINI E. & DIANA E. (a cura di), *Guardando verso Sud – Itinerari interculturali di Studi*, in *Itinerari* anno XLIX, nr. 2/3 (2010), 353-364.

<sup>3</sup> DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, vol. I, Padova 2011<sup>8</sup>, 337.

<sup>4</sup> MATTEUCCI N., *Lo Stato moderno*, Bologna, il Mulino, 1997, 128.

secondo caso, ricordiamo che nel dibattito sulla Costituzione europea, la posizione di chi sosteneva l'opportunità di inserire un esplicito riferimento alle radici cristiane ed ebraiche della nostra civiltà giuridica, sono state aspramente combattute, ma non per questo, in generale, giudicate illegittime. Quanto alla separazione dei poteri, questa è una delle caratteristiche fondamentali delle dottrine giuspubblicistiche sviluppatesi in ambito islamico, in particolare nell'Islam sunnita, al cui interno è possibile rinvenire vivaci dinamiche tra il potere politico, quello giudiziario e l'autorità religiosa. In generale, nel mondo islamico, nessun potere è legittimo se non controbilanciato da un altro potere: la trama di questi rimandi, letta nel suo insieme, mette capo alla dottrina di Dio quale unico titolare della sovranità e unico legislatore in senso pieno. Infine, il controllo di costituzionalità, strettamente legato all'affermazione del principio di separazione dei poteri, è perfettamente deducibile dai principi sciaraitici, come dimostrano, per retare in ambito mediterraneo, esperienze molto significative quali, quella, dell'Egitto e dei Paesi del Maghreb.

## §2. Senza Stato-Nazione non c'è Costituzionalismo, ergo... la tesi di VIATIKIOTIS e i suoi limiti

Naturalmente, le cose non sono così semplici. Il giurista, secondo la lezione di GIORGIO LOMBARDI, tiene sicuramente presente i modelli e gli ideali, ma poi svolge la sua analisi facendo riferimento alle esperienze storiche concrete, non alle astrazioni. Il vero problema di suddetta "compatibilità" riguarda, dunque, non i principi del costituzionalismo, così come li abbiamo enucleati, con riferimento ai nostri classici, bensì il paradigma con il quale quei principi sono stati concretamente attuati o, se si vuole, individuati e portati alla luce, per via induttiva. Si tratta del paradigma stato-nazionale, ovvero, del cosiddetto paradigma "vestfaliano", che, sulla base delle ferree polarizzazioni esterno/interno e Individuo/Stato, consente, nella costruzione e nel governo dello spazio pubblico, la «congruenza tra agenti decisori e ambiti in cui le decisioni hanno effetto»<sup>5</sup>. Evidentemente si tratta di un "modello", la cui esistenza e la cui forza ordinatrice viene ricavata per induzione dallo studio comparato delle esperienze giuspubblicistiche occidentali. È questo "modello" che presiede allo sviluppo delle esperienze giuspubblicistiche moderne, dall'assolutismo fino alle moderne democrazie post-industriali, passando per lo Stato liberale, il *Welfare State* e gli stessi totalitarismi europei del periodo compreso tra le due guerre. Ora, che questo "paradigma" abbia perso gran

---

<sup>5</sup> HELD D., *Models of Democracy*, Cambridge, Polity Press 1996; tr. it. *Modelli di democrazia*, a cura di VERZICHELLI L., Bologna 1997.

parte della propria forza ordinatrice e abbia esaurito anche il suo potere euristico, non sta certo a noi, qui, dimostrarlo. Vogliamo solo sottolineare che la consapevolezza di questa crisi sta orientando non solo lo sviluppo delle discipline gius-comparatistiche in Occidente, ma sta anche alimentando, tra i giuristi islamici più giovani, la ricerca intorno all'“alternatività” del modello islamico rispetto a quello “vestfaliano”, considerato ormai in crisi irreversibile.<sup>6</sup> Come spesso capita nel mondo islamico, questa attività di ricerca non resta confinata nelle Università e nei centri studi, ma alimenta la vita politica, la propaganda, il dibattito nella società civile, come chiunque ha potuto rendersi conto seguendo da vicino gli accesi – a volte anche troppo accesi, da un punto di vista occidentale – dibattiti, in Egitto, tra i giovani e i loro professori, in piazza Tahrir e non solo (sulle riviste accademiche, sui giornali e sui blog universitari, ma anche in TV), sulla crisi dell'Occidente, sulle libertà individuali, sull'attualità o la pericolosità del “principio comunitario” e così via.

Se, dunque, la domanda è: i principi sciaraitici sono compatibili con il costituzionalismo, interpretato come estrema espressione del modello “vestfaliano”, la risposta è secca: “no”. Lo ha spiegato in maniera definitiva alla fine degli anni Ottanta un grande storico greco-americano, PANAYOTIS J. VATIKIOTIS, i cui lavori sono stati poi la base, più o meno riconosciuta, della dottrina del *Clash of Civilizations* resa popolare poi da HUNTINGTON<sup>7</sup>. Secondo VIATIKIOTIS, Islam e costituzionalismo sono incompatibili per ragioni antropologico-culturali in senso lato. In particolare, nel volume *Islam and the State*, pubblicato nel 1987, l'autore<sup>8</sup> mostra come quello di Stato, nell'Islam, sia un concetto ideologico-religioso, non territoriale. Esso, infatti, comprende i fedeli (la *Umma*), ovunque essi si trovino. La dottrina islamica respinge, quindi, lo Stato nazione territoriale, basato sulla nazionalità e sul nazionalismo (che integra una comunità nazionale nel

---

<sup>6</sup> Uno dei punti di riferimento principali, in tale senso, resta un volume di un volume uscito al principio degli anni Novanta, a cura di un giovane studioso, diventato, poi, ministro degli Esteri, con la presidenza di ERDOGAN. Cfr. DAVUTOGLU V. A., *Alternative Paradigms: The Impact of Islamic and Western Weltanschauungs on Political Theory*, Lanham, University Press of America, 1993. Inoltre cfr. SABET A.G.E., *Islam and the Political Theory, Governance and International Relations*, London 2008; AHMED S.A., DONNAN H., *Islam, Globalization and Postmodernity*, London 1994. Sullo sviluppo recente degli studi comparatistici nei Paesi islamici, ved. MALLAT C., *Comparative law and the Islamic (Middle Eastern) Legal Culture*, in REIMANN M. & ZIMMERMANN R. (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit, 609 ss. Da ultimo, stanno avendo un certo successo le tesi post-islamiste, ved. BAYAT A. (a cura di), *Post-Islamism. The Changing Faces of Political Islam*, Oxford 2013.

<sup>7</sup> HUNTINGTON S., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World New Order*, New York 1996.

<sup>8</sup> VIATIKIOTIS P. J., *Islam and the state*, University of Michigan, reprint ed., Routledge. 1991 [1987]; tr. it. *Islam: Stati senza nazioni*, Milano 1998.

rispetto della legge secolare del Paese, davanti alla quale tutti i cittadini sono uguali, indipendentemente dal loro credo religioso). Nella storia islamica, infatti, un Paese è un luogo, mentre una nazione è un popolo (*Umma*): si tratta della nazione dei credenti, dove la religione è l'elemento determinante dell'identità politica, il fulcro del senso di appartenenza, la fonte dell'autorità. Se in Occidente lo Stato nazione può incorporare comunità religiose diverse, nell'islam la comunità religiosa è l'unità fondamentale (nazione) e comprende i diversi Stati che si sono formati nel corso della storia. Il modello stato-nazionale-territoriale europeo, dunque, è sostanzialmente estraneo alla cultura islamica. Lo stesso nazionalismo arabo finisce con l'entrare in conflitto con la tradizione islamica – di origine tribale – fondata su stirpe, genealogia e comunità. Secondo Viatikiotis, l'evidenza storica ci dice che non è possibile uno Stato governato da musulmani che sia anche laico, quale *conditio sine qua non* dello Stato nazione. Egli insiste sul fatto che l'ordinamento islamico è presentato come l'alternativa assoluta e totalizzante a un sistema pluralistico. La tendenza dei governi nazionali di recente creazione, è andata verso l'adozione di forme laiche e l'integrazione di tutti i loro sudditi come cittadini di uno Stato nazione su basi territoriali. Ma il tentativo si è rivelato minato dal profondo attaccamento della società islamica alla tradizione, la quale afferma che non ci sono valori umani ma solo valori divini immutabili, e in questo contesto le possibilità di realizzare il pluralismo politico sono remote. A suo avviso, sulla sponda sud e sud-est del Mediterraneo esistono Stati, ma non si può propriamente parlare di Stati nazione. In Algeria, Egitto, Giordania, Iraq, Libano, Marocco, Siria e Tunisia, non è stato ancora trovato un principio fondamentale di organizzazione del potere politico basato su di un consenso generale. Uno degli ostacoli principali al suo affermarsi – sostiene l'Autore – è stato il conflitto tra religione e laicità moderna. In particolare, Viatikiotis mette in rilievo il differente approccio esistente al problema delle fonti del diritto sulle due sponde del Mediterraneo. A suo avviso, molto dipende dal fatto che nelle civiltà giuridiche dell'Islam mediterraneo non è stato elaborato, a differenza di quanto accaduto in Europa, un paradigma giusnaturalistico/individualistico, che invece è essenziale per la costruzione dello Stato di diritto e, in particolare, per la separazione tra Stato e Religione.

Benché VIATIKIOTIS mostri di non tenerne conto (o di non esserne consapevole), la sua analisi presuppone l'analitica weberiana della formazione del diritto pubblico occidentale. Secondo la ricostruzione di Max Weber, la delimitazione pubblico/privato è la base del processo di razionalizzazione della vita sociale, attraverso il diritto e la pubblica amministrazione. Tale processo si sviluppa, nell'età moderna, secondo il

paradigma della parcellizzazione del potere, che rappresenta un fattore di razionalizzazione dello spazio pubblico: «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». In questa descrizione di MAX WEBER (1864-1920), 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. 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. Esiste, dunque, un 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. 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. D'altra parte, nel nostro contesto, essa presenta una certa connotazione "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. 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. La trattazione di tali principi quali principi originari, e cioè non esauribili in una determinata cristallizzazione

istituzionale, pare utile anche per la comprensione delle più recenti performance del costituzionalismo occidentale.

Se, infatti, “democrazia” e “statualità”, 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>9</sup> non è detto che ciò debba valere anche per il costituzionalismo. Si prenda il caso, ad esempio, della crisi della tradizionale ripartizione montesqueiana legislativo-esecutivo-giudiziari. 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). In altre parole, assistiamo alla crescita di un costituzionalismo non più ristretto dentro l’armatura dello stato “vestfaliano”. 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? 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”. Sono sempre di più i diritti individuali e collettivi, così come le attività economiche, commerciali, finanziarie e lavorative che rinunciano alla tutela dello Stato, in cambio di una maggiore libertà di movimento. 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. Insomma, la tesi circa l’affermarsi di un

---

<sup>9</sup> BÖCKENFÖRDE E. W., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all’Europa unita*, a cura di PRETEROSI G., Roma-Bari 2010, 204.

costituzionalismo transnazionale e, in certa misura, post-statale, ci pare di sicura fasificabilità e, dunque, degna di essere presa nella più seria considerazione scientifica<sup>10</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, potrebbe essere rivisitata, a nostro avviso, anche la tesi di VIATIKIOTIS. Questa certamente si rivela di grande utilità per la comprensione dell'Islam contemporaneo. L'universalismo transnazionale dell'Islam, infatti, 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. Essa, però, non aiuta a comprendere l'"antagonismo dinamico" esistente, oggi, nel mondo islamico, tra l'elemento nazionale e l'universalismo religioso-comunitario. Da un lato, infatti, il paradigma stato-nazionale sta entrando in crisi proprio in Occidente, e, dall'altro, in ambito islamico, si fa strada la tesi secondo la quale l'universalismo comunitaristico di matrice islamica potrebbe essere rielaborato come valida risposta alla crisi dello statato-individualismo su cui poggiano i sistemi occidentali di diritto pubblico. Riassumendo, dunque, in maniera estremamente schematica: a) secondo lo schema di Viatikiotis, senza lo Stato nazionale "vestfaliano" non c'è costituzionalismo, per cui il massimo che si può ottenere nel mondo arabo-islamico è una stabilità politica dal volto più o meno umano, garantita dalle elite militari; b) lo Stato "vestfaliano" è in crisi in Occidente e di ciò sono ben consapevoli anche le elite culturali e politiche islamiche; c) in Occidente si stanno sviluppando strategie costituzionali "post-vestfaliane", ovvero oblique rispetto al paradigma stato-nazionale; d) non si può negare legittimità all'ipotesi di strategie costituzionali elaborate, in ambito islamico, al di fuori di rigidi

---

<sup>10</sup> Si tratta di una tesi elaborata nell'ambito del dibattito sulle conseguenze giuridiche della globalizzazione, con particolare riferimento al nesso tra l'affollamento dello scenario giuridico e il declino della sovranità. In particolare ved.: JAYASURIYA K., *Globalization Law, and the transformation of Sovereignty*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6 (1999), 425-455; NOWROT K., *Legal Consequences of Globalizzazione: the State if Non-Governmental Organization Under International Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6 (1999), 579-645; HIGGINS R., *International Law in Changing International System*, in *The Cambridge Law Journal*, 58 (1999), 78-95; HOBE S., *Global Challenge to Statehood: The Increasing Important Role of Nongovernmental Organization*, Indiana University, [www.globalpolicy.org] June 1998; FERRARESE M. R., *Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002; CASSESE S. & GUARINO G., *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano 2000; CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari 2002; POGGI G., *Lo Stato*, Bologna 1992, *praesertim* 219 ss.; DE FIORES C., *I diritti inviolabili dell'uomo tra crisi della sovranità e uso della forza*, in *Politica del diritto*, 2000; PORTINARO P., *La crisi dello Jus Publicum Europaeum. Saggio su Carl C. Schmitt*, Milano 1982; RODOTA S., *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari 1992; ZOLO D., *I signori della pace*, Roma 2001; IDEM, *Chi dice umanità*, Torino 2000; GALLI C., *Spazi politici*, Bologna 2001.

paradigmi stato-nazionali e aperte a una ricostruzione in chiave comunitaristica dei diritti fondamentali.

**§3. Vincolo sciaraitico all'attività legislativa e divieto di formare partiti religiosi: due disposizioni non necessariamente incompatibili tra loro**

In ogni caso, sul piano della mera tassonomia giuspubblicistica, la postulazione di una dipendenza logica della costituzionalizzazione dei processi politici rispetto alla secolarizzazione dello spazio pubblico, dà luogo a dei paradossi insormontabili, quando si studiano le società islamiche.

Facciamo due esempi: la presenza della *Shari'a* nella Costituzione e la regolamentazione giuridica dei partiti religiosi.

Per quel che riguarda il primo punto, essendo la situazione ancora *in fieri*, facciamo riferimento alla situazione precedente la Primavera araba, che, comunque, segna una conferma o un rafforzamento delle fonti sciaraitiche negli ordinamenti dei Paesi interessati. La *Shari'a*, come fonte del diritto in posizione apicale, è menzionata espressamente nella maggior parte delle leggi fondamentali dei paesi di tradizione islamica (Arabia Saudita, Egitto, Yemen, Oman; un caso particolare è costituito dall'Iran, dove la *Shari'a* non viene menzionata per il semplice fatto che la natura stessa della Costituzione è sciaraitica). 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 (Algeria, Pakistan, Afghanistan, Kuwait, Bahrain). 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 (Malaysia, Nigeria, Giordania, Marocco, Libia, Mauritania). 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 e in Siria.

Paradossalmente, però, la presenza della *Shari'a* nella Costituzione, collocata al vertice fonti normative, può essere rivelatrice di un ruolo secondario delle autorità religiose. Molto dipende dall'organizzazione del sistema delle fonti. Ad esempio, in Egitto, negli anni Settanta, su iniziativa di SADAT, la combinazione tra l'istituzionalizzazione della *Shari'a* al vertice delle fonti normative e l'istituzione di un controllo di costituzionalità accentrato ed esclusivo, esercitato da giudici di nomina politica, portò, di fatto, a un drastico ridimensionamento delle autorità giuridico-religiose islamiche nella società egiziana e a un rafforzamento ulteriore del potere esecutivo. In sostanza, il controllo sulla sciaraiticità o meno dell'attività legislativa fu in gran parte affidato ai giudici costituzionali. Si tratta di un caso classico di "statalizzazione dell'Islam", al quale, spesso, nelle società musulmane, da parte dell'Islam popolare, viene contrapposta

l'islamizzazione della società. La risposta dei Fratelli Musulmani, infatti, fu quella di un rafforzamento della loro presenza sociale, dove spesso hanno fatto le veci dello Stato, in vari campi, dall'assistenza sanitaria all'educazione scolastica, dal sostegno agli anziani al microcredito. Occorre, però, qui, fare molta attenzione a non pensare che nell'una o nella altra prospettiva vi sia il "vero" Islam. In effetti, tanto la "statalizzazione dell'Islam" quanto l'"islamizzazione della società" appartengono pienamente alla storia e alla cultura politica dell'Islam. Sono, certamente, due prospettive antagonistiche, ma ineliminabili e, in qualche misura, polarmente solidali, se non proprio complementari, come si vede, ad esempio, nei rapporti complessi da sempre esistenti in Egitto tra l'élite militare e i Fratelli musulmani. Tanto la prima che la seconda si legittimano, in ogni caso, in chiave coranica, fin dalle origini della storia islamica, e cioè dai conflitti interni succeduti alla morte del Profeta. Peraltro, fin dalle origini della storia islamica, il "conservatorismo" sul sistema delle fonti ha avuto una connotazione garantista rispetto allo "spirito creativo" delle élite dominanti: ne è un chiaro esempio la "guerra civile", scoppiata nella *Umma*, sul carattere "creato" o "increated" del Corano. Un ruolo molto importante ebbe, al riguardo, la scuola Mu'tazilita, tanto che la dottrina del carattere "creato" del Corano fu adottata come dottrina teologica ufficiale dell'impero. Fu addirittura prevista la pena di morte per chi ne avesse negato la validità. Per verificare l'ortodossia e lo ortoprassi dei sudditi fu istituita una sorta di tribunale inquisitorio, la *mihnah*, nei cui rigori incappò, per l'appunto, AHMAD IBN HANBAL, il quale, benché sottoposto a torture, si rifiutò di approvare la dottrina del carattere creato del Corano. Fu, però, proprio la dottrina del Coprano "increated" ad affermarsi in maniera definitiva e incontrastata nel mondo islamico, in chiave sostanzialmente anti-autoritaria e garantista, *ovvero* conservatrice e tradizionalista in materia di "trattabilità" delle fonti dell'ordinamento.

Non è certo un caso, dunque, che il partito islamico *Ennahda*, in Tunisia, non abbia fatto una vera e propria battaglia per l'introduzione della *Shari'a* al vertice del sistema delle fonti. Anzi, con grande sorpresa degli osservatori occidentali, ha mostrato molta flessibilità sul punto. Così come non deve stupire – e veniamo, qui al secondo punto – il fatto che l'Islam popolare, rispetto al divieto di costituzione dei partiti religiosi – divieto molto diffuso nel mondo arabo islamico – abbia sempre avuto un atteggiamento più o meno polemico, ma di solito per ragioni tecniche e amministrative, ma non abbia mai esercitato un dissenso forte e radicale, come ci si sarebbe potuto aspettare. Anzi, laddove l'Islam popolare ha avuto un ruolo determinante nei processi di *drafting* costituzionale della Primavera araba, tale divieto è stato confermato. La ragione è semplice. L'esistenza di

un *partito* dell'Islam è, ovviamente, in contraddizione con la prospettiva della “statalizzazione dell'Islam”, perseguita dalle élite militari arabo islamiche del Mediterraneo. Ma è in contraddizione, per molti versi, anche con la prospettiva dell'islamizzazione della società. La stessa esistenza di un “partito” islamico presuppone, infatti, l'assimilazione dell'Islam a un soggetto politico pari agli altri, a una “scelta” tra le altre, ovvero la rinuncia a fare dell'islam un tutto, come lo stesso presupposto dell'esistenza di una società e di un ordine politico, come un principio ordinatore garante dei diritti anche dei non musulmani (secondo la lettura comunitaristica coranica della libertà religiosa). Questo vale sia per i Salafiti sia per i Fratelli musulmani, con varie gradazioni, da quelle più moderate e aperte all'adozione delle pratiche democratiche, a quelle più integralistiche e rivoluzionarie.

Queste situazioni appaiono paradossali laddove si stabilisca una successione logica e cronologica tra stato nazionale, secolarizzazione, Stato di diritto e costituzionalismo. Ma il paradosso scompare se si considera che nel mondo islamico, la limitazione della sovranità passa attraverso un processo di “desecolarizzazione” dello spazio pubblico. Nell'Islam, originariamente, 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*. Nell'Islam, non c'è “nazione”, neanche quella cosiddetta “islamica”, che possa rivendicare una potestà normativa. Non c'è spazio “pubblico” al di fuori di questa prospettiva, ma solo caos, barbarie e violenza. La volontà umana – sia essa volontà del capo politico o del popolo – vale non in sé stessa, ma in quanto manifestazione della volontà divina.

In altri termini, la negazione del principio di sovranità, nell'Islam, non rappresenta un'acquisizione storica, come accade nelle esperienze politiche dell'Europa moderna, ma un postulato del sistema giuridico: il motto *Regis voluntas suprema lex*<sup>11</sup> – nella sua interpretazione assolutistica – non avrebbe potuto trovare accoglienza in ambito islamico.<sup>12</sup> Questo non

---

<sup>11</sup> Ci riferiamo al rifacimento cesareo, 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.

<sup>12</sup> Cfr.: SCHULZE R., *Il mondo islamico nel XX secolo. Politica e società civile*, Milano 2004, 61 ss.; BERRY N., *Società civile, religione e islam*, in YAYLA A. (a cura di), *Islam ed economia di mercato*, Soveria Mannelli 2005, 3-23; PEZZIMENTI R., *Il pensiero politico islamico del '900. Tra riformismo, restaurazione e laicismo*, Catanzaro 2006, 61 ss.; BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in P. COSTA P., ZOLO D., SANTORO E. (a cura di), *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano 2002, 617-645; BABÈS L., *L'identità islamique européenne selon Tariq Ramadan*, in *Islam de France* 8 (2000), 199-214; FINAN K. M., *Tariq Ramadan: le parcours d'un musulman atypique*, in *Cité*, Paris, novembre 2003.

vuol dire, certo, che le popolazioni islamiche non abbiano sperimentato, a più riprese, la capricciosità del vertice politico o la satrapia anche nelle sue forme più crudeli<sup>13</sup>, né che il vincolo sciaraitico non sia stato, di fatto, più volte abrogato dal potere politico, ridimensionando, cooptando o eliminando l'autorità religiosa e i giudici. Come in ogni civiltà, anche in quella islamica, si sono verificati numerosi casi di eterogenesi dei fini, quale ad esempio è l'uso tirannico e personalistico delle norme o dei valori posti a fondamento del sistema. Peraltro, la volontà di un uomo o di un popolo non hanno mai avuto formalmente la dignità di fonte giuridica. La fonte di legittimazione della limitazione del potere è di tipo extra politico e metagiuridico: quando il *qādi* giudica l'autorità politica non agisce in nome del sistema dei poteri pubblici ai cui vertici l'autorità è collocata e di cui lo stesso *qādi* è parte, ma agisce 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.

Come la nota espressione *dīn wa dawlah* ("religione e spazio pubblico")<sup>14</sup> chiaramente indica, tra religione e politica non c'è una totale identificazione né una netta contrapposizione, ma una *polarità* che crea un fortissimo campo magnetico e che alimenta la *vis* espansionistica dell'Islam, la sua forte tensione geopolitica. Questa spiega anche fallimento di molte politiche occidentali in ambito islamico-mediterraneo: laddove si tenta di "neutralizzare" l'elemento religioso riducendolo entro la sfera pietistica («lasciate pure che costruiscano le loro moschee e le loro scuole, alla politica pensiamo noi» dicevano alcuni analisti americani che sostenevano l'appoggio ai Talebani afgani in chiave anti-sovietica), questo si riaffaccia prepotentemente nella sfera politica, reclamando con la forza la

---

<sup>13</sup> Una delle fonti «di confusione sulla natura costituzionale di uno Stato islamico sciaraitico 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 cetera la suprema autorità esecutiva e giudiziaria, il limite impostogli dalla *Shari'a* era di scarso valore pratico» (A. A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, op. cit., 114). L'Autore, peraltro, come ricorda lo ZOLO nella prefazione, appartiene alla «corrente dell'Islam riformista», ed ha un dichiarato approccio polemico con il passato. Per una discussione sul punto, cfr. MEZZETTI L., *I regimi costituzionali dei paesi islamici*, in *Islam, diritti e democrazia*, Bologna 2004, 51 ss.

<sup>14</sup> La traduzione più comune è «Religione e Stato». L'espressione viene in genere fatta risalire ad ABŪL-HASAN 'ALĪ IBN SAHL RABBAN AL-TABARĪ (IX sec.), autore di *Kitāb al-dīn wa-al-dawla*, tradotto di solito in inglese con *The book of religion and empire*. Cfr. THOMAS D., MALLETT A. (a cura di), *Kitāb al-dīn wa-l-dawla. Christian-Muslim Relations. A Bibliographical History*, Brill Online, 2014.

“sottomissione a Dio” dello spazio pubblico; laddove si cerca, invece, di disinnescare il conflitto politico-religioso, appoggiando le elite militari (v. la politica occidentale verso l’Egitto di SADAT), allora cresce l’Islam popolare, anticonformista e anti-autoritario, socialmente dinamico e politicamente pragmatico, che si allea con i ceti piccolo e medi-imprenditoriali e con i gruppi laico-progressisti. In altre parole, la via islamica alla “laicità” e alla “modernizzazione” può presentare una struttura non rispondente ai modelli occidentali: ad esempio, la neutralizzazione – o il ridimensionamento – dell’elemento religioso nello spazio pubblico può essere un viatico per l’affermazione di politiche autoritarie, mentre la battaglia in favore dei diritti umani e dello Stato di diritto può essere uno strumento di autoaffermazione dell’Islam popolare.

#### §4. Lo Stato di diritto nelle fonti coraniche

Prima, dunque, di pronunciarsi sulla “compatibilità” tra Islam e costituzionalismo, occorre riflettere criticamente sulla validità o meno, nel XXI secolo, dei criteri tassonomici di origine “vestfaliana”. Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, infatti, quei criteri ci paiono presentare due vizi di fondo. In primo luogo, essi si basano sull’identificazione tra sfera statale e sfera pubblica – identificazione che, ormai, in Occidente, non ha più ragion d’essere, per ragioni che qui appare superfluo ricordare. In secondo luogo, essi sono formulati senza tenere nel dovuto 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*.

Quest’ultimo punto, qui, ci pare meritare un ulteriore approfondimento, proprio in considerazione della forte – e, a volte, violenta – istanza di riespansione e di dominio politico che sta emergendo nell’Islam popolare dell’area mediterranea. Tutte queste istanze fanno riferimento, sul piano dottrinale, non a una teoria della sovranità, bensì – paradossalmente – a una teoria dei “limiti” della sovranità, vale a dire *al-abkam al-sultaniyya*, «le regole del Sultano», conosciute anche come *siyāsa shariyya*, ovvero la *Shari’a* che regola – nel senso di “governa”, “limita”, “ordina” – il potere politico e lo spazio pubblico. Non esistono grandi divergenze tra le scuole 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. In merito ai profili tecnici dell’organizzazione dei pubblici poteri, non vi sono vincoli teologici. In generale, si tende a ritenere che la Repubblica sia il sistema più adatto all’Islam. Ma 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.

In particolare, nell'età contemporanea, è andato riaffermandosi l'obbligo per i responsabili della cosa pubblica, in caso di disaccordo giuridico (*ikhtilāf*), di chiedere il parere delle autorità giuridico-religiose, anche al di fuori del territorio («E domandatene, se non sapete, a quelli che prima riceverono il Monito», Cor. 16,43). Questo principio, in passato è servito spesso a mettere in discussione il ricorso alla volontà popolare per le deliberazioni di pubblico interesse ed è stato utilizzato come 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). Esso gode oggi, però, di una particolare e rinnovata popolarità nel mondo islamico. Con l'avanzare dei processi di globalizzazione, infatti, quel principio è diventato una specie di paradigma per l'affermazione dell'Islam globale e viene utilizzato, in particolare, dall'Islam popolare 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>15</sup>.

Il criterio supremo che guida l'interpretazione della norma è, dunque, l'integrità della *Umma*. Si parla, in questo caso, di *istislāh* – «ricerca del bene pubblico». Ma il carattere “pubblicistico” dello *ius* è a sua volta ricostruito su basi teologiche. La legge divina rappresenta «uno sforzo di razionalizzare un mondo nel quale il Profeta Muhammad trovò il caos».<sup>16</sup> Insomma, è Dio il sovrano (*al-hakimiyya li-Allah*, come ripetono i fondamentalisti). Tuttavia, l'assenza di un clero e di un'autorità garante della corretta interpretazione del testo, rende la situazione piuttosto instabile e “aperta”, nel senso che dallo stesso principio possono essere dedotte condotte diverse e talora opposte.

Il principio della *istislāh* è stato molto combattuto nella storia dell'Islam (alcuni, come SHAFI, vi vedevano una minaccia alla rigidità del sistema delle fonti articolato sul Corano e la Sunna), ma, di fatto, ha continuato a prosperare, fino a oggi, «sotto l'ombrello» dell'*ijmā'*, il principio

---

<sup>15</sup> Cfr. ABOU EL FADL K., *Rebellion and violence in Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

<sup>16</sup> KHADDURI M., *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. ARJOMAND S. A., *Islamic Constitutionalism*, in *Ann. Rev. Law. Soc. Sci.* (2007), 124-125.

del consenso dei dotti<sup>17</sup>, e rappresenta ormai uno strumento formidabile di comunicazione nell'ambito dell'Islam globale. In questo senso, c'è anche una riscoperta della “dinamicità” della stessa Rivelazione. Di tale dinamicità, tuttavia, si possono fare nella sostanza, com si accennava, usi diversi, dall'affermazione dei diritti fondamentali e del principio di tolleranza, l'altro invece all'espansione territoriale violenta.

L'ambiguità, per certi versi, è originaria, ed è bene tenerla presente quando si lavora sulle fonti coraniche delle esperienze giuspubblicistiche dell'Islam contemporaneo. Si narra, infatti, che già durante la vita del Profeta esistessero più versioni del Corano<sup>18</sup>. Ciò, quanto meno, conferma come la Rivelazione sia avvenuta in modo graduale. Su tale gradualità è possibile far leva per indirizzare il messaggio religioso in un senso politico piuttosto che nell'altro. Lo si vede con chiarezza, ad esempio, già alle origini della storia islamica, con il problema della distinzione tra le sure del periodo meccano e quelle del periodo medinese. Per risolvere queste aporie intertestuali del Corano, i giuristi islamici dell'età classica elaborarono il metodo del *naskh*, che significa “abrogazione”<sup>19</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 solo 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. Sicché, nei primi secoli dell'era islamica il *jihad* si legittima anche con la prevalenza

---

<sup>17</sup> Cfr. GUZZETTI G. C. M., *Islam*, cit., 114 e ss.; COULSON N. J., *A History of Islamic Law*, Edinburgh 1964, 92. Cfr.: KHADDURI M., LIEBESNY H. J., JACKSON R.H., *Origin and Development of Islamic Law*, The Middle East Institute, Washington D.C. 1955, 102 ss.; MENSKI W., *Comparative law in a global context: the legal systems of Asia and Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 333 ss.; HALLAQ W., *A history of Islamic legal theories: an introduction to Sunni usul al-fiqh*, New York, Cambridge University Press, 1997; DAHLEN A., *Islamic law, epistemology and modernity: legal philosophy in contemporary Iran*, New York, Routledge, 98 ss.; LIM H., *Land, law and Islam: property and human rights in the Muslim world*, Volume 1, London 2006, 41 ss.; WEISS B., *Interpretation in Islamic Law: The Theory of Ijtihad*, in *American Journal of Comparative Law* 36 (1978), 199-212.

<sup>18</sup> BAUSANI A., *Introduzione, traduzione e commento a Il Corano*, Milano 2008, xxxiv ss.; TAQI USMANI, *An approach to the Qurānic sciences*, New Delhi 2006, 105 ss. et 198 ss.

<sup>19</sup> In generale ved. 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, 33 ss. Inoltre ved.: LOWRY J. E., *Early Islamic legal theory: the Risala of Muhammad ibn Idras al-Shafi'i*, 98 ss.; DUTTON Y., *The origins of Islamic law: the Qur'an, the Muwatta' and Madinan 'Amal*, London 2002, 120-153 (per un inquadramento dei problemi “cronologici” in generale).

della predicazione meccana su quella medinese. Leggiamo, infatti, in un passaggio del periodo medinese: «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 ch'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>20</sup> Essa, però, contiene un invito inequivocabile alla tolleranza reciproca tra le religioni. In un verso successivo, databile nel periodo meccano, leggiamo invece: «Essi vorrebbero che voi rifiutaste la Fede come loro l'han rifiutata e che diveniste uguali. Ma non prendetevi patroni di fra loro finché non abbiano 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). Si tratta, con tutta evidenza, di un invito al *jihad*, nella sua versione più bellicosa. Per l'appunto, nei primi secoli della storia islamica, si tendeva a ritenere che quest'ultimo verso abrogasse il primo. Analogamente, i molti versi benevoli dedicati alla “Gente del Libro” (*ahl al-Kitab*) 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).

Alcuni studiosi, muovendo dal postulato della coincidenza tra la volontà di Dio e quella della *Umma*, hanno teorizzato l'esistenza, nella dottrina politica islamica, del principio della sovranità popolare<sup>21</sup>. È, infatti, la *Umma* che, in ultima analisi, si fa garante dell'attuazione del messaggio coranico. A tale riguardo va però precisato che il “popolo” di cui qui si parla è già un'entità politica determinatasi con la Rivelazione divina. È, infatti, impensabile, in ambito islamico, 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

<sup>20</sup> BAUSANI A., *Il Corano. Introduzione, Traduzione e Commento*, Milano 2008, 733.

<sup>21</sup> BAHLUL R., *People vs. God. The logic of “Divine Sovereignty” in Islamic Democratic Discourse*, in *Journal of Philosophy of International Law and Global Politics*, V/1 (2009), 287-297. Per un inquadramento critico di questa tesi, alla luce della visione classica dell'Islam, ved. AHMAD I., *Sovereignty, Islamic and modern: conception of sovereignty in Islam*, Allies Book Corp., 1965, 426 ss.; SIDDIQI S., *Islam versus democracy: vis-à-vis Pakistan*, Royal Book Co., 1992, 16 ss.

tecnico. A fronte di una tale situazione, un musulmano rigoroso non potrebbe che prendere atto del “caos” e farsi carico di affermare, anche attraverso la violenza, il “principio ordinatore” rivelato nel Corano.

Insomma, il concetto islamico di *government* si presenta, agli occhi occidentali, come un’ibridazione teologico-politica.

Di sicuro, come si diceva, è bandita ogni forma di auto-fondazione dell’*imperium*. 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. Insomma, il Califfo non è un “vicario” e nemmeno un “ministro” di Dio, ma una specie di “curatore di interessi”. Il califfato può essere acquisito in vari modi. La via prescelta dalla dottrina e dal popolo è quella della scelta della comunità, anche a prezzo di gravi conflitti, fin dagli anni successivi alla morte del Profeta. Ma sono considerate legittime anche la designazione del successore da parte del predecessore o l’occupazione di fatto del potere. Ciò che conta è il rispetto delle condizioni del contratto, che sono le seguenti: far osservare ed osservare la legge contenuta nel Corano e nella Sunna; tutelare i diritti e gli interessi dei musulmani, ovunque si trovino; amministrare la giustizia (attraverso i *qadi*); difendere militarmente il territorio; amministrare la cosa pubblica in maniera equa e oculata. Da parte sua, la *Ummah* deve al Califfo obbedienza, fedeltà e collaborazione. La *Umma*, a sua volta, deve obbedire al califfo e supportarne l’impegno.

Che sia o meno nominata, la *Shari’a* resta, in ogni ordinamento islamico, al vertice delle fonti. «Nessuna legge o costituzione dello Stato potrà annullare la legge, la *Shari’a*: potrà esservi solo se non contraria alla *Shari’a*»<sup>22</sup>. Ma non sempre al potere politico viene riconosciuta l’autorità di emanare “leggi” nel senso proprio del termine. L’espressione *qanùn*, ad esempio, era utilizzata nell’Impero ottomano anche con riferimento al diritto positivo statale, mentre in Arabia Saudita, in forza del riconoscimento del potere legislativo al solo Onnipotente, si ritiene che lo Stato non possa dar vita a una vera e propria legge, ma solo a una “ordinanza”.

## §5. Universalità spaziale e temporale della *Umma*

Altro elemento da prendere in considerazione quando si studiano le esperienze giuspubblicistiche del mondo islamico, con riferimento non solo alle realtà stato-nazionali più o meno consolidate, ma anche, e soprattutto, alle istanze di carattere politico che agitano quel mondo, soprattutto nelle sue componenti silamico-popolari, è la duplice dimensione – spaziale e

<sup>22</sup> PREDIERI A., *Shari’ah e Costituzione*, Roma-Bari 2006, 85.

temporale – della “universalità” della *Umma*. Se non si fa i conti con ciò, non si comprende, ad esempio, lo scontro politico verificatosi in Egitto sulla sistemazione dei riferimenti storico-culturali nella Costituzione del 2012, approvata dal referendum popolare e poi abrogata manu militari. 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. A differenza di quanto accade nel Cristianesimo, 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. L’assedio di Vienna del 1683 o le Crociate fanno parte della “sotira”, ovvero del presente e della vita politica. Sicché è riduttivo, da un punto di vista islamico, considerare la *Umma* come la comunità che si forma intorno alla Rivelazione, quale risultato della 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 perpetuo 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.

L’evento che crea il vincolo non è che lo stesso Corano, ovvero la ripetizione delle sue sure. Laddove viene diffuso il contenuto della Rivelazione c’è, potenzialmente, la *Umma*, nel senso di una realtà che ha già ipotecato il futuro del luogo in cui Rivelazione c’è stata.

Insomma, la *Umma* non è una mera conseguenza della Rivelazione, ma la 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’*halāl* (perseguire cose lecite), l’*harām* (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).

Per questo, fin dall'epoca dei califfi "ben diretti", per arrivare alla fine del califfato ottomano e oltre, le varie formazioni politiche nate in ambito islamico – comprese quelle con connotazioni stato-nazionali – hanno sempre avuto una radice di legittimità di tipo universalistico. Le stesse costituzioni arabo-nazionalistiche dell'epoca post-coloniale evidenziano, con forza, questa esigenza, questa polarità originaria tra «istintiva volontà di potenza» e «carattere sopranazionale della religione»<sup>23</sup>.

Questo non vuol dire affatto, come si tende talvolta 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.

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>24</sup>. La forza del *qadi* è nel suo dovere di attuare la *Shari'a*<sup>25</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: «Non bisogna obbedire a nessun essere umano se ciò implica la disubbidienza al Creatore»<sup>26</sup>. 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". Non

<sup>23</sup> GABRIELI F., *Gli Arabi*, Firenze 1975, 90. Cfr. VECCIA VAGLIERI L., *L'Islam da Maometto al secolo XVI*, Milano 1963, 225 et 55.

<sup>24</sup> Cfr.: OLIVIERO M., *Il Costituzionalismo dei Paesi Arabi*, Milano 2003, 7, n. 11; CASTRO F., s.v. *Diritto Musulmano* [1990], in *Digesto. Discipline civilistiche*, Torino 2010.

<sup>25</sup> KAMALI M.H., *Shari'ah Law*, Oxford 2010, 179-198.

<sup>26</sup> Cfr. ABU AL-A'LA AL-MAWDUDI, *Human Rights in Islam*, London 1976, 33 ss. Una posizione critica in merito viene sostenuta in BIELEFELDT H., *Western versus "Islamic" Human Rights Conceptions? A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights*, in *Political Theory* 28/1 (2000), 90-121. In ultima analisi, può rivelarsi secondaria anche la fede 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 (ved., ad esempio, il ruolo assegnato da Dio a Ciro, "inconsapevole", in Isaia 45.1.4,6).

esistendo una Chiesa né un *sacerdozio* nel senso tecnico del termine<sup>27</sup>, perché non esiste la possibilità di una *mediazione* tra la trascendenza e la dimensione umana, il potere degli *‘ulamā* 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.

### §6. Il caso egiziano

Abbiamo adottato l’Egitto quale *Case Study* per molte ragioni. Sintetizzeremo tali ragioni ricorrendo a un’immagine molto diffusa tra i giornalisti mediorientali e che ha trovato una sua solenne formulazione nel Preambolo della Costituzione egiziana del 2014. Per definire la peculiare condizione geopolitica dell’Egitto, tra i cronisti – sportivi, ma non solo – egiziani è in voga l’esempio dei cinque cerchi olimpici, incatenati tra loro: di Egitto bisogna parlare tutte le volte che si parla di Islam (primo cerchio), di Africa (secondo cerchio), di Medio Oriente (terzo cerchio), di mondo Arabo (quarto cerchio) e di Mediterraneo (quinto cerchio) e, ovviamente, di tutte le inevitabili interconnessioni tra questi temi. L’Egitto ha svolto nella storia – e svolge tuttora, come dimostrano gli sviluppi della Primavera araba – un riconosciuto *leading role* nella storia del diritto pubblico dei Paesi dell’Islam mediterraneo. Esso, per certi aspetti, è un “prisma” attraverso il quale è possibile una lettura unitaria dell’esperienza giuridica sviluppatasi in quel contesto geopolitico.

In particolare, la Primavera araba ha avuto, agli occhi del giuspubblicista, essenzialmente il significato di una conferma della caratteristica fondamentale dell’esperienza costituzionale egiziana, che consiste in una sofisticata elaborazione del principio del *dīn wa dawlah*, in forza del particolare ruolo svolto dai giudici, tradizionalmente identificati quali “custodi” dell’identità nazionale. Se è vero, infatti, che i militari rappresentano il soggetto “forte” del quadro politico-economico egiziano (controllano circa il 15% del PIL), è ai giudici che viene storicamente demandato il ruolo di “garanti” della prevalenza dell’interesse nazionale in ogni conflitto politico. Altro protagonista fondamentale, dagli anni Trenta in poi, è l’Islam popolare, rappresentato dai *Fratelli Musulmani*, che costruiscono una sorta di “società della società”, un universo sociale e politico alternativo, abbastanza autosufficiente, in grado anche di sostituirsi allo Stato nei momenti di emergenza (v., ad esempio, il terremoto del Cairo nel 1992). Nel lungo periodo che va dall’avvento di ALÌ PASHA a NASSER,

---

<sup>27</sup> Secondo le definizioni contenute nel *Codex Iuris Canonici* (cann. 207, 235, 542) e nel *Catechismo della Chiesa Cattolica* (1142, 1533-1600).

nella costruzione dello spazio pubblico egiziano, l'elemento islamico e l'elemento identitario-nazionale, svolgono un ruolo congiunto. I rapporti di collaborazione (e spesso di contaminazione) e di conflittualità, anche violenta, tra l'Islam popolare, da una parte, e i militari, dall'altra, hanno avuto un ruolo centrale nella costruzione delle esperienze costituzionali egiziane e nella loro costante oscillazione tra tensioni democratico-populistiche e istanze nazional-liberali.

Il 14 gennaio 2014, in Egitto, un clima segnato da gravi episodi di violenza, si tiene, infine, il referendum popolare sulla bozza di Costituzione ispirata dall'élite militare. Vota il 38,6 degli aventi diritto, i "sì" rappresentano il 98,13% dei voti.

Riassumiamo per sommi capi i fatti. Il presidente MOHAMMAD MORSI viene rimosso il 3 luglio 2013 e posto agli arresti. La Presidenza provvisoria è affidata ad ADLI MAHMUD MANSUR, Presidente della Corte Costituzionale. Contestualmente viene insediato un Comitato di 10 esperti, che introduce alcune modifiche ritenute urgenti alla legislazione ordinaria e costituzionale emanata nei mesi precedenti (ad esempio, è abrogata l'intera disciplina cosiddetta dell'«isolamento politico», che escludeva i membri del passato regime dalla vita politica). Successivamente, alla bozza della nuova Costituzione lavora un Comitato di 50 esperti, presieduto da AMR MŪSĀ, già Segretario generale della Lega araba e ministro degli Esteri nell'era MUBĀRAK. La bozza è stata pubblicata all'inizio di dicembre 2013.

Come si accennava in premessa, il testo presenta un evidente profilo autoritaristico. Se è vero che la dialettica parlamentare è rafforzata e la magistratura gode di maggiore indipendenza, è anche vero che i militari si sono assicurati un "potere di riserva" in grado, all'occorrenza, di espandersi in tutto il sistema, al punto da rendere inefficace lo stesso sistema delle garanzie. Cercheremo, qui, di darne una visione generale, soffermandoci poi sulla questione del potere militare.

Se adottiamo un approccio di tipo ermeneutico-funzionalistico, particolarmente utile quando ci si confronta con le esperienze giuspubblicistiche nel mondo arabo-islamico mediterraneo, il *draft* egiziano 2013 risulta, all'analisi, un testo complesso, composto di tre costituzioni, in relazione sistemica tra loro.

La prima, collocata nel cuore del sistema, è una Costituzione di emergenza, finalizzata garantire all'élite militare il controllo del processo di transizione e, una volta che questa si sia consolidato, l'ultima parola su ogni decisione politica riguardante gli affari militari e la sovranità statale. Intorno a questa, se ne sviluppa un'altra, in cui è racchiuso il patto costituzionale tra l'élite militare, l'alta magistratura (da sempre molto gelosa della propria indipendenza e autorevolezza e in complessi rapporti di

alleanza/antagonismo con l'élite militare) e le forze politico-sociali non islamiste e nella quale si tratta della forma di governo, della costituzione economico-sociale, delle garanzie giurisdizionali e del pluralismo politico.

Nella relazione sistemica tra la prima e la seconda, si registra la più significativa discontinuità con la Costituzione di Morsi. In primo luogo, al progetto di “islamizzazione della società”, perseguito dalla Fratellanza, si contrappone il paradigma della “statalizzazione dell'Islam”, ben presente nella storia politica egiziana. In secondo luogo, si ha una drastica semplificazione dei rapporti tra Esecutivo e Legislativo, attraverso l'abrogazione della Seconda Camera (la *Shura*, introdotta da Sadat) e l'introduzione di una più vivace dialettica tra i poteri (ad esempio, il Presidente può essere rimosso e persino sfiduciato), da una parte, e il rafforzamento dei poteri presidenziali (ad esempio, il 5% dei parlamentari sono di nomina presidenziale e numerosi sono i casi in cui si prevedono decisioni presidenziali a Parlamento “disciolto” o “non in sessione”), dall'altro.

Vi è, infine, una terza costituzione, che cresce intorno alla seconda, in cui il patto costituzionale è declinato in chiave universalistica e umanitaria, in forma di legittimazione, interna ed esterna, dell'intero ordinamento. Nella relazione sistemica tra la seconda e la terza parte si registra l'altra importante discontinuità con la Costituzione di Morsi: lo smantellamento della ricostruzione in chiave comunitaria dei diritti economici, sociali e civili.

Le tre entità sono “anatomicamente” distinguibili, ma “fisiologicamente” unite. Non c'è una “vera” Costituzione di emergenza “dietro” le norme sui diritti fondamentali o sui poteri del Parlamento. Esiste, per l'appunto, una relazione sistemica. Per fare un esempio, senza la forza legittimante di cui alla terza Costituzione, sarebbe ben difficile, in termini di relazioni internazionali, far funzionare la prima Costituzione. Il movimento del primo livello è reso possibile dall'esistenza del secondo livello. Altro esempio: lo smantellamento della costruzione comunitaristica dei diritti sociali, contenuto nella seconda Costituzione, ricolloca il rapporto individuo/Stato al centro sistema, il che, se da un punto di vista costituzionale euro-continentale significa più garanzie e più diritti, nel contesto egiziano significa minore protezione della persona e sua maggiore vulnerabilità rispetto al potere statale.

In ogni caso, dal patto costituzionale è escluso il terzo protagonista della vita pubblica egiziana, accanto ai militari e agli alti giudici, vale a dire la Fratellanza musulmana, ora dichiarata fuorilegge.

Non si pensi a un ribaltamento dell'impostazione religiosa del testo del 2012. Il testo trabocca di riferimenti all'Islam e nel Preambolo si

riprendono e si ampliano, con linguaggio toccante, i richiami, già introdotti dalla Costituzione di Morsi, alle religioni abramitiche e in particolare al Cristianesimo, in forma di celebrazione del ruolo svolto dall'Egitto nella storia della rivelazione: «Sulla loro terra, gli Egiziani accolsero [*ahtdanā*, nel senso di “abbracciare” o di “ospitare/proteggere”] la Vergine Maria e il suo bambino e hanno offerto migliaia di martiri in difesa della Chiesa di Cristo» (Preambolo, § 7; numerosissimi i riferimenti coranici che si possono cogliere, dalla sura XIX, *Maryam* alla sura terza *āl 'Imrān*, ed ai numerosi e controversi versetti dedicati a cristiani ed ebrei).

Una de-islamizzazione del testo costituzionale sarebbe stata in contrasto sia con il revival islamico-popolare che ha caratterizzato – anche, se si vuole, in chiave identitaria – i tumulti politici del Nord Africa degli ultimi tre anni, sia, soprattutto, con le tradizioni politiche egiziane. Non ci si stancherà di ripeterlo: in Egitto (ma questo vale, in varia misura, per buona parte del mondo arabo) l'élite militare è “statalista”, ma non è “laica”. Essa, piuttosto, al *grassroots Islam* della Fratellanza oppone l'incardinamento istituzionale dell'Islam, fin dai tempi di Muhammad 'Ali Pascia, che nel, XVIII secolo, nazionalizzò il *waqf*, ovvero l'istituto relativo alle opere pie islamiche – una politica seguita da tutti i suoi successori, in aperta sfida all'Islam popolare, che ha sempre visto in quella nazionalizzazione uno strumento di controllo politico elitario ed illegittimo sulle moschee e sull'intera comunità (nel 1977 l'allora ministro del *waqf* venne ucciso da un gruppo islamista radicale). Ma la politica dell'incardinamento istituzionale dell'Islam è, a propria volta, costruita e legittimata su basi islamiche, quale strumento di razionalizzazione dello spazio pubblico e di potenziamento della stessa comunità. Leader politico-militari come GAMAL ABD AL-NASSER o MUHAMMAD ANWAR AL-SADAT sono da considerarsi, per molti versi, parte dell'“album di famiglia” dell'Islam popolare, avendone fatto parte da giovani o avendone condiviso valori, obiettivi e strategie, pur in un contesto di rivalità e sanguinosa conflittualità. La Primavera araba, in questo senso, segna il punto estremo e più sanguinoso del conflitto tra élite politico-militari e Islam popolare nella storia egiziana.

I “principi sciaraitici” (introdotti da SADAT) restano, dunque, la principale fonte della legislazione (art. 2). Così, pure, non viene cancellato il riferimento (introdotta da MORSI) ad al-Azhar, anche se c'è indubbiamente un forte ridimensionamento del ruolo della più importante scuola sunnita del mondo (art. 4). Certamente, viene eliminata la secca implementazione nelle fonti sciaraitiche, di cui all'art.2, della giurisprudenza e delle tradizioni sunnite (art. 219 della Cost. 2012), da molti, peraltro, ritenuta discutibile sul piano dottrinale. Viene, dunque, ripristinato il controllo esclusivo della Corte costituzionale sulla sciaraiticità delle leggi, secondo il citato modello

di “statalizzazione” dell’Islam, portato a perfezione con la riforma costituzionale del 1980, che consentì al giudice costituzionale di escludere il controllo “diffuso” reclamato dai dotti sunniti. Resta, invece, lo speciale statuto riconosciuto a cristiani ed ebrei. La Costituzione di Sadat garantiva genericamente la libertà di religione (art. 46). La Costituzione di MORSI definiva la libertà religiosa un «diritto fondamentale» e garantiva alle religioni «celesti» il diritto alla pratica religiosa e alla costruzione di edifici di culto (art. 43). La bozza costituzionale del 2013 definisce «assoluta» la libertà religiosa e assicura ai seguaci delle religioni «rivelate» il diritto di praticare i propri riti e di costruire edifici di culto (art. 64).

Soffermandoci, dunque, come anticipato, sulla “prima” Costituzione, si nota innanzitutto come il Legislatore abbia voluto, come si usa spesso dire, “blindare” il testo per un tempo sufficiente a garantire la stabilizzazione politica del Paese. Così, in base all’art. 234, per i primi due mandati presidenziali, il Ministro della difesa sarà nominato su approvazione del Consiglio Superiore delle Forze Armate (l’organo politico costituitasi su iniziativa dei vertici militari all’inizio del 2011, autocollocatosi in posizione apicale nel sistema dei pubblici poteri e il cui ruolo viene ora ridimensionato e formalizzato all’art. 200 della bozza) e, in forza del combinato disposto tra la norma che disciplina le modifiche alla Costituzione (art. 226) e quella che disciplina le procedure per le elezioni parlamentari e presidenziali successive all’adozione del testo costituzionale (art. 230), viene assicurata l’immodificabilità della Costituzione per il primo anno di vita della nuova Repubblica.

Inoltre, la recente decisione politica di far precedere l’elezione del Parlamento dall’elezione del Presidente, in combinazione con la norma relativa alle condizioni di candidabilità (art. 142), potrebbe portare a una candidatura direttamente espressa dalla popolazione, senza alcun passaggio parlamentare. Ciò, a sua volta, in combinazione con la messa fuori legge della Fratellanza, garantirebbe elezioni presidenziali controllate dall’élite militare.

In ogni caso, i militari si riservano di decidere “dello” e “nello” stato di eccezione. Il punto più significativo, in tal senso, è quello relativo alla dichiarazione di guerra. Nella Costituzione del 2012 (art. 146) il Presidente non poteva dichiarare guerra, o inviare le forze armate fuori del territorio statale, se non dopo essersi consultato con il Consiglio Nazionale di Difesa e l’approvazione della Camera dei deputati con la maggioranza dei suoi membri. Secondo la bozza attuale (art. 152), si prevede anche che, nel caso la Camera sia «sciolta», debba essere consultato il Consiglio Superiore delle Forze Armate e deve essere ottenuta l’approvazione del Gabinetto e del Consiglio Nazionale di Difesa. Da notare che nelle altre numerose

disposizioni che contengono l'ipotesi del Parlamento sciolto, si prevede che il ruolo dell'Assemblea legislativa venga svolto dalla Corte costituzionale (ad esempio, nel caso del giuramento del Presidente).

Un punto oggetto di particolare attenzione da parte di molti analisti è quello relativo alla giurisdizione militare sui civili. In realtà, questa norma già contenuta nella Costituzione del 2012 (art. 198) ed era, insieme alla norma sull'autonomia di bilancio dei militari (art. 197), parte integrante della trattativa in corso – poi tragicamente fallita – tra i vertici militari e la Fratellanza. Nella versione 2013 (art. 204 della bozza) la disposizione è più chiara e lascia una minore discrezionalità ai militari nel decidere quali atti cadano sotto la sua giurisdizione. A ben vedere, questa maggiore precisione è resa, sul piano delle garanzie, inefficace dall'accresciuto potere dell'élite militare in materia di legislazione ordinaria. Non solo, infatti, i militari rafforzano la loro autonomia in materia di bilancio (art. 203), ma il Consiglio Nazionale di Difesa (presieduto dal Capo dello Stato, composto dal Primo ministro, dal Presidente della Camera, dal Ministro della Difesa, dal Ministro degli Esteri, dal Ministro delle Finanze, dal Ministro dell'Interno, dal Capo dei servizi segreti, dal Capo di Stato maggiore, dai vertici della Marina, dell'Aeronautica e dell'intelligence militare, nonché integrato da "esperti" di nomina presidenziale senza diritto di voto) ha voce in capitolo su tutte le proposte di legge che riguardino le forze armate ed avrà ulteriori competenze che saranno poi definite «dalla legge» (notiamo, en passant, che anche nella bozza 2013, analogamente a quanto si riscontrava nella Costituzione del 2012, sono numerosi i rinvii alla legislazione ordinaria in materie di impatto sugli equilibri costituzionali e le garanzie fondamentali).

## §7. Conclusioni

L'asserzione circa l'impossibilità di dar vita a un sistema dei pubblici poteri che integri i principi sciaraitici con quelli del costituzionalismo ha carattere politico, non scientifico. Con questo, non crediamo certo di avere assolto al nostro compito. Se il compito dello studioso è quello di discutere e verificare la falsificabilità dei presupposti di legittimità delle scelte politiche, c'è da chiedersi se questo possa essere fatto senza entrare nel merito di quelle scelte stesse. Siamo convinti, con SCHMITT (e con quella parte di HOBBS che SCHMITT riprende) che la «politicalità» dell'uomo sia una sorta di «miracolo»: la pace è possibile grazie all'«irresistibile dominio di un sistema legale di coazione». Ragion per cui il giurista non ha il compito semplicemente di stabilire la correttezza formale di una decisione presa nell'ambito del sistema legale. La conoscenza giuridica è la conoscenza di ciò che rende legittima una decisione. Ovvero,

essa è quella conoscenza che mostra il fondamento violento del potere. Il presupposto della norma è il “caos” – lo intendiamo qui nel suo significato teologico-politico di *jāhiliyya* – ovvero il caos può essere pensato senza la norma, ma la norma non può essere pensata senza il caos<sup>28</sup>. Il giurista accede anche alla conoscenza del caos, ovvero accede alla conoscenza di ciò che precede la decisione che crea la norma. L’atto da cui nasce il diritto – la decisione che pone la norma – è esso stesso un atto giuridico, poiché in esso si determina *chi* decide. Il giurista è il custode della memoria di quel caos entro cui nasce la politicità umana<sup>29</sup>. Egli, dunque, proprio occupandosi dello *ius*, svolge un ruolo eminentemente “politico”<sup>30</sup>.

Per questo, la conclusione del nostro ragionamento consiste di due asserzioni.

Prima asserzione: la costruzione di sistemi democratico-costituzionali sciaraiticamente orientati, nell’area dell’Islam mediterraneo, può risultare alquanto destabilizzante sul piano geopolitico, in quanto porta a un drastico ridimensionamento del ruolo dell’elite militare, unica classe politica in grado di garantire una relativa stabilità istituzionale in quei Paesi. Seconda asserzione: la prima asserzione risulta gravemente destabilizzante rispetto all’ortodossia costituzionalistica occidentale, che vorrebbe, per un verso, un legame esclusivo e necessario di filiazione tra laicità statale e Stato di diritto e, dall’altro, una incondizionata universalità dei propri principi.

CIRO SBAILÒ

---

<sup>28</sup> Cfr. SCHMITT C., *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, 1934, tr. in: SCHMITT C., *Le categorie*, 39 ss.

<sup>29</sup> *Ibidem*, 58-61.

<sup>30</sup> SCHMITT C., *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, ed ora in IDEM, *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di GALLI C., Milano 1986, 104-106.