

APPUNTI SU *SHARI'A*, DIRITTI E COSTITUZIONALISMO ISLAMICO*

GIAMPIERO DI PLINIO

Università "G. D'Annunzio" (Chieti-Pescara)

Sommario:

§1. Il “cosiddetto diritto islamico”. §2. “Il” diritto o “i” diritti? §3. Diritto islamico, senza “cosiddetto”. §4. Costituzione e *Shari'a*. §5. Il costituzionalismo tra ideologia e scienza del diritto. §6. Costituzionalismo e democrazia come metodologie procedurali. §7. Passato e futuro del costituzionalismo islamico. §8. Il nodo dei diritti e i colori della luce.

§1. Il “cosiddetto diritto islamico”

In un prestigioso manuale di diritto comparato¹, la sezione dedicata al diritto dei paesi islamici inizia con un paragrafo dal titolo “Il cosiddetto diritto islamico”. Scorrendo tutta la trattazione non è affatto chiaro se “cosiddetto” si riferisca al sostantivo (diritto) o all’aggettivo (islamico)². Per dissipare un po’ di fumo, occorrerebbe preliminarmente rispondere a tre interrogativi sul “diritto”. Uno, che cos’è il diritto. Due, se un oggetto del genere esiste anche nei paesi islamici. Tre, se le differenze fattuali tra questi e quelli di tradizione “occidentale” giustificano una gradazione di valore (focalizzata dall’aggettivo “cosiddetto”?) tra i due sistemi.

Ancora meno chiara è la risposta alla questione di sostanza: se una serie di paesi in cui le regole e il cui sistema giudiziario siano fondate su Corano e *Shari'a* abbia o meno un “diritto”, nel senso che la tradizione giuridica occidentale attribuisce a questo termine, e, se un diritto in questi Paesi esiste, se sia “cosiddetto”, cioè suscettibile di una valutazione non positiva, derivante da carenze strutturali, in quanto mancherebbe di attributi “essenziali” e “ineliminabili” tipici della civiltà giuridica europea e occidentale, in cui il diritto si fonderebbe, a differenza degli ordinamenti sciaraitici, su “Costituzione” e “costituzionalismo”. Quest’ultimo passaggio è una *key-issue*, ed è l’oggetto specifico di questo contributo.

* Il presente scritto è dedicato al Professor LUIGI ARCIDIACONO.

¹ GAMBARO A. & SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2002, 471 ss.

² Non ha, correttamente, dubbi BALADIER C., *Il diritto cosiddetto musulmano. Istituzioni*, in BALADIER C. (cur.), *Atlante delle religioni*, Utet, Torino, 1996.

§2. “Il” diritto o “i” diritti?

Il problema di che cosa sia il diritto praticamente si trova in apertura di tutti i manuali giuridici, in tutti i Paesi del mondo, e da sempre affatica una strana categoria di persone, i “giuristi”, in tutte le variegiate forme in cui si manifestano, dal giudice al burocrate, dall’avvocato al professore³.

Qual è la molla reale (nascosta o palese) che ha spinto e spinge i professionisti del diritto in modo massiccio a scontrarsi più o meno violentemente, formando scuole, correnti, sub-correnti e sottoscuole, su questo accidentato terreno?

SANTI ROMANO sosteneva che i giuristi sono come le perle: false, se coltivate e vere⁴; implicitamente suggeriva in fondo che di giuristi “veri” non ce ne sono molti. Veri, falsi o coltivati, i giuristi hanno in comune la vitale necessità di “prendere sul serio” il diritto: forse è eccessivo dire che chi controlla il diritto controlla anche la società⁵, ma è certo che senza il controllo sul diritto nel lungo periodo non vi può essere gestione del potere politico e sociale. Da questo punto di vista i giuristi sono coloro che hanno interesse a partecipare, in vario modo, all’esercizio del controllo sul diritto in una data società ed in un dato momento storico; in questa accezione si vede bene che, ad esempio, le battaglie per l’affermazione di una concezione o un’altra del diritto non sono eterei scontri tra nobili teorie ma conflitti tra persone e gruppi di persone, consapevolmente o inconsapevolmente legati ad interessi umani. Nei testi dedicati agli studenti, in genere, questo aspetto non viene rilevato. Come rileva VAN CAENEGEM: «i testi di diritto discutono invariabilmente sulla rispettiva importanza delle fonti del diritto senza domandarsi chi siano le persone che usano o manipolano tali fonti». E ancora, a proposito del contrasto tra *civil law* e *common law*: «(...) molti giuristi vedono la lotta per il predominio in termini astratti» (fanno cioè combattere le teorie, i “sistemi giuridici”, quasi queste e questi fossero esseri viventi, persone dotate di autonoma volizione)... Quante battaglie vinte da

³ Uno dei migliori saggi sul diritto di tutti i tempi è: HART H. L. A, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965. Ogni anno, nelle aule universitarie, i corsi di materie giuridiche si aprono con dotte spiegazioni preliminari sulla definizione e l’importanza del diritto, sulle teorie principali, sulle tesi da accogliere o da respingere, e così via. Su questi problemi, e altri analoghi, sono state scritte migliaia di pagine. In nessun altro settore dello scibile umano si è sviluppata una letteratura altrettanto ampia di quella dedicata alla soluzione del problema di che cosa sia il diritto. Per GUASTINI R., in *Dizionario critico del diritto*, a c. di DONATI C., Milano, 1980, 86 s. l’abitudine dei giuristi a interrogarsi insistentemente sul problema della natura e della essenza del diritto, cioè sul proprio oggetto di studio e di lavoro, è “fastidiosa”.

⁴ ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947

⁵ VAN CAENEGEM R. C., *I signori del diritto*, ed. it., Giuffrè, Milano, 1991.

un sistema giuridico! Perché questo astratto antropomorfismo, invece di domandarsi l'identità delle *persone* che combatterono queste battaglie ed usarono il *common law* (o il *civil law*) per proteggere i loro interessi?"⁶.

Questo spiega due cose.

Una, che la prevalenza di una certa concezione del diritto non è ideologicamente neutra: estendendo ai sistemi la problematica, dire o far intendere che il diritto occidentale è vero diritto a differenza di quello islamico tira (volutamente o meno) a creare giustificazioni di "superiorità" (culturale, civile etc.) dell'Occidente sull'Islam.

L'altra, che comunque il diritto serve a risolvere conflitti, tra individui e tra gruppi in una determinata società. Questa seconda è una strada più seria. Proviamo a seguirla.

Il controllo degli esseri umani sul loro habitat e sulle risorse naturali inizia con il passaggio dalla mera *convivenza* alla *cooperazione* in contesti sociali di natura e forme variabili, il cui presupposto necessario è comunque la *stabilità di lungo periodo*, che a sua volta richiede che siano prevenuti o risolti i conflitti tra i membri della società che potrebbero minare e rendere impossibile la cooperazione.

Il diritto, in prima approssimazione, è la tecnica di azione sociale attraverso cui viene svolta la funzione di stabilizzazione e di risoluzione delle controversie. In questo senso, in ogni tempo e in ogni luogo del pianeta, ogni società umana possiede il suo diritto (*ubi societas, ibi ius*), inteso come sistema di regole finalizzate a prevenzione, controllo e soluzione dei conflitti, mediante tecniche adeguate⁷. Queste hanno natura e consistenza variabile, da forme estremamente semplificate, come l'*ordalia*, alle più complesse, come le attuali procedure urbanistiche, ma hanno in comune la causa efficiente, cioè la difesa della società dal pericolo che i conflitti finiscano per distruggere le basi di convivenza e di cooperazione su cui essa si fonda. Ai fini del corretto funzionamento nella dinamica sociale le tecniche giuridiche debbono essere *adeguate* rispetto alla direttiva primaria (stabilizzare la cooperazione), e, a seconda delle circostanze, *adattarsi* alle condizioni materiali (storiche, economiche e naturali) della società di riferimento. Il diritto pertanto assume forme e contenuti storicamente diversificati in relazione dialettica con tali circostanze materiali.

Un primo corollario di quanto finora detto è il principio di relatività storica dei fenomeni giuridici: il diritto è una tecnica di controllo

⁶ *Ibid.*, 62.

⁷ Per sviluppi, si rinvia a DI PLINIO G., FROSINI T.E., PARODI G., *Corso di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2008.

sociale che presenta una variabilità sincronica (spaziale) e diacronica (temporale) di forme e di modelli.

Un secondo corollario è il principio di coerenza, intesa come tendenziale corrispondenza alle esigenze strutturali e prevalenti della società: il diritto nel suo complesso (non una singola regola imposta a un soggetto recalcitrante) non funziona solo perché imposto con la forza o con altri sistemi, ma solo se esso riflette le esigenze materiali di ogni determinata fase della cooperazione all'interno di società umane organizzate; il diritto deve essere coerente con tali esigenze, altrimenti resterebbe inapplicato, o, se imposto, porterebbe quella società all'autodistruzione. Il grado di coerenza del diritto di una società misura anche il suo grado di razionalità; se il diritto ha la pace come fine, non può non avere la coerenza come «virtù» (Kant).

Infine, vi è il principio di legittimazione: il diritto deve essere, rispetto alla società che ordina, *legittimato*, perché solo a questa condizione esso acquisisce *effettività*, cioè si poggia saldamente sulla convinzione collettiva della sua necessità, e dunque può svolgere stabilmente la sua funzione.

In sostanza, che una società abbia un diritto non è qualcosa di speciale o di unico, dato che tutte le società, in ogni periodo storico, hanno un diritto, vale a dire un ordinamento giuridico, che può essere radicalmente differente tra caso e caso o tra gruppi e schemi di classificazione⁸, ma tutti i “diritti” per essere tali debbono possedere tre elementi essenziali, “di nucleo”: una società umana che demanda al diritto in questione la soluzione dei conflitti che si verificano nel proprio seno, un sistema di regole, e un sistema (anche semplificato) di arbitri, di “saggi”, indipendenti e neutrali, al quale è demandato il compito di chiarire chi ha ragione e chi ha torto in ogni singolo conflitto interno a quella società. Ovviamente hanno rilievo anche altri formanti, in particolare quello costituito dalla “dottrina”, che è il motore dell'elaborazione delle teorie giuridiche e dei teoremi funzionali alla soluzione dei conflitti. Ma non c'è diritto se non vi sono conflitti, e non c'è diritto se non vi è un giudice il quale, leggendo le regole intorno alle quali è costruita una società, enuclea la norma giuridica, individua la gerarchia dei valori e degli interessi e attribuisce la ragione e il torto ai contendenti. Da questo punto di vista, la prova scientifica del diritto è la decisione

⁸ In particolare, tra i sistemi giuridici moderni, una classificazione intelligente è quella che distingue: famiglia *romano germanica* (principalmente: Europa continentale, compresa l'area ex socialista, Paesi nordici, America latina, Africa francofona ...), sistemi di *common law* (Regno Unito, USA, Canada, Sud Africa, Nuova Zelanda ...), sistemi giuridici socialisti (sostanzialmente azzerati se si considera la Cina come ordinamento a base “tradizionale”) e ordinamenti a base religiosa o tradizionale (sistemi islamici, India, Cina, Giappone, Africa). Il testo migliore al riguardo è quello di DAVID R. (ora con JAUFFRET SPINOSI C.), *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 2004.

giurisprudenziale: se una teoria giuridica è il teorema, una sentenza che la utilizza ne è la dimostrazione, e la giurisprudenza consolidata ne costituisce la conferma definitiva. Non solo. La sentenza è anche la misura scientifica, in termini di scienza giuridica, della scala dei valori e degli interessi che promanano dalla società e dalle istituzioni e tentano di affermarsi nell'arena dei conflitti giuridici, così che la sentenza non è solo la prova, ma è anche un elemento costitutivo della teoria giuridica che cataloga e ordina quei valori e quegli interessi.

Sotto questo profilo, il diritto è fenomeno universale da un lato e particolare dall'altro, perché non è mai esistita una società senza diritto e perché ciascuna società ha un suo personalizzato sistema di soluzione dei conflitti, cioè un suo proprio, speciale e inconfondibile diritto. Questi caratteri di *storicità* e *relatività* dei fenomeni giuridici hanno come immediato corollario che non esiste *un diritto* paradigmatico, standardizzato ed eterno, un archetipo le cui manifestazioni integrali si trovano in tutti i tempi e in tutti i luoghi, ma esistono *i diritti*, intesi come *sistemi giuridici storicizzati*, ciascuno dei quali trae la sua legittimazione, la sua configurazione, la sua coerenza interna, la sua stessa ragione di esistenza dall'assetto storicamente determinato di società e sistemi socioeconomici particolari. Un secondo evidente corollario è la irrazionalità scientifica di gradazioni di valore nella comparazione di sistemi giuridici caratterizzanti differenti società o differenti periodi storici.

§3. Diritto islamico, senza “cosiddetto”

Se si accettano le premesse sinora svolte, è assurdo negare che le società in cui il sistema di risoluzione dei conflitti è basato su Corano e *Shari'a* abbiano un diritto senza “cosiddetto”, un diritto *tout court*⁹.

⁹ La migliore dottrina, anche “occidentale”, concorda con questa affermazione. Oltre all'opera di DAVID sopra citata, v. variamente, ABDU 'R-RAHIM, *I principi della giurisprudenza musulmana: secondo le scuole hanafita, malekita, sciafeita e hanbalita*, Cimino ed., Roma, 1922; FITZGERALD S.V., *The Alleged Debt of Islamic Law to Roman Law*, in *Law Quarterly*, Vol. 67, 1951; WEISS B., *Interpretation in Islamic Law: The Theory of Ijtihad*, in *Am. J. Comp. L.*, Vol. 26, 1978; MOURI BADR G., *Islamic Law: Its Relation to Other Legal Systems*, in *Am. J. Comp. L.*, Vol. 26, 1978; DOI A.R.I., *shariah: The Islamic Law*, Ta-Ha Publishers, London, 1984; AL-THAKEB F., SCOTT J. E., *Islamic Law: An Examination of its Revitalization*, in *British J. of Criminology*, Vol. 21, n. 1/1981; BASSIOUNI M. C. (ed.), *The Islamic Criminal Justice System*, Oceana Publication, New York, 1982; HEER N. (ed.), *Islamic Law and Jurisprudence*, University of Washington Press, Seattle WA, 1990; CASTRO F., *Diritto musulmano e dei paesi islamici*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. VI, Utet, Torino, 1990; BUSSI E., *Principi di diritto musulmano*, Cacucci ed., Bari, 2004, rist. an.; SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, 2 voll., Istituto per l'Oriente, Roma, 1926 e 1938; SCHACHT J., *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1964; VERCELLIN G., *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 2002; FERRARI S., *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e Islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002. Attualmente, si nota un notevole di studi in argomento; ecco una minuscola selezione: WAEL B. HALLAQ, *Shari'a. Theory, Practice*,

Il mondo musulmano possiede da più di mille anni un diritto storico (*fiqh*), che per vari aspetti è anche estremamente dotto e raffinato, e si fonda sulla *Shari'a*, la legge divina, che ne costituisce la fonte suprema e teoricamente eterna e imm modificabile. Per di più, quasi un sesto della popolazione del pianeta è musulmana, e l'intensità di applicazione di *fiqh* e *Shari'a* è tutt'altro che costante, variando attualmente da livelli estremi (Arabia Saudita) a richiami più o meno formali (Egitto, Marocco, Senegal), fino all'azzeramento (Turchia). Nel suo sviluppo storico, infatti, il *fiqh* è stato variamente permeabile alle esperienze giuridiche con cui entrava in contatto, assimilandone le soluzioni migliori attraverso manipolazioni coerenti con le proprie tradizioni¹⁰. Si tratta di fenomeni largamente presenti e per molti versi amplificati nei periodi più recenti, in cui la globalizzazione del diritto e la circolazione dei modelli ha spiccato un volo senza precedenti¹¹. Ciò non toglie che le differenze di concezione e applicazione della *Shari'a* variano sensibilmente da Stato a Stato¹², e spesso anche tra gruppi e comunità interne agli Stati, del mondo islamico, e questa variabilità non smentisce affatto ma conferma e arricchisce le precedenti conclusioni sulla piena configurazione di un diritto islamico, che è un diritto diverso nelle sue frazioni interne come è diverso da *civil law* o *common law*, e come questi sono diversi tra loro e nelle loro frazioni interne. Molti paesi islamici o comunque con popolazione prevalentemente musulmana hanno recepito modelli di organizzazione pubblica e di relazioni commerciali tipicamente "occidentali", anche se l'Islam è proclamata religione di Stato e la *Shari'a* fonte suprema del diritto. In teoria, e formalmente, la *Shari'a* è considerata unica fonte, autosufficiente, mentre la legge parlamentare (il diritto 'laico') avrebbe solo il carattere di normazione secondaria, ma in pratica l'enorme mole di problemi che farebbe sorgere l'applicazione rigida di questo principio è stata attenuata giustificando l'intervento di tecniche secondarie e applicative, come la consuetudine, l'analogia, le convenzioni, il potere regolamentare del sovrano, a sua volta derivabile dalla discrezionalità nelle

Transformations, Cambridge University Press, 2009; MACEOIN D.M. & ADDISON N., *Sharia Law or 'one Law for All'?*, Civitas, Institute for the Study of Civil Society, 2009; WEISS B.G., *The Search for God's Law. Islamic Jurisprudence in the Writings of Sayf Al-Din Al-Midi*, Utah University Press, 2009; ABD AL-HADI AL-FADLI, *Comparative Islamic Law. History and Evolution*, Islamic College for Advanced Studies Publications, 2009.

¹⁰ PICCINELLI G. M., *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici*, in «Iura Orientalia» 1 (2005), [www.iuraorientalia.net].

¹¹ CASTRO F., *Corano*, in *Dig. disc.priv. – Sez. civ.*, IV, Torino, 1987; ABU-SAHLIEH S. A., *Introduction à la lecture juridique du Coran*, in *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1988, 76 ss.

¹² Cfr. CECCARELLI MOROLLI D., *Breve introduzione alla Legge religiosa islamica (Shari'a)*, Pontificio Collegio Ucraino S. Giosafat in Roma, Roma 1994, *passim*.

scelte amministrative conformi o comunque non in contrasto con la *Shari'a*¹³.

È un processo che parte da molto lontano. Il sistema di doveri etico-religiosi discendenti direttamente dal Corano – in cui tuttavia il linguaggio di Dio è spesso “ermetico” – è sottoposto poco alla volta dalla “dottrina”¹⁴ a un intenso sforzo di interpretazione e adattamento (*igtihad, tafsir*), utilizzando a piene mani la principale componente del DNA della ragione giuridica di tutti i tempi, l’analogia (*qiyas*). Sin dall’alba dell’Islam il compito di “estrarre” nuovo diritto dal Corano fu assunto dagli *ulama*, gli esperti della scienza sacra. I *fugaha'* (giuristi), in opposizione ai *mutakallimun* (teologi), furono le forze culturali che portarono progressivamente alla distinzione (sul piano epistemologico) tra scienza del diritto (*fiqh*) e scienza della religione (*kalam*), senza tuttavia cancellare la fusione tra i loro oggetti, con la conseguenza che mentre viene costruito il sistema del diritto islamico (*furū' al-fiqh*), sono rigorosamente conservate la radice e la struttura del sistema dei precetti religiosi¹⁵.

La civiltà giuridica islamica si è evoluta su questi modelli, nei meandri del primo millennio, nel periodo dell’*igtihad*, e poi, tra l’ottavo secolo e il duecento, nella successiva era del *taqlid*, fino all’Ottocento e Novecento, quando, per varie ragioni, compresa la forza della colonizzazione, i modelli europei iniziarono a penetrare nei sistemi nazionali islamici¹⁶.

Il *taqlid* fu in realtà un periodo di incredibile evoluzione e affinamento del diritto musulmano classico¹⁷, grazie alla convergenza di una serie di variabili: la funzione di mediazione tra legge divina ed esigenze della società, svolta dai *fugaha'*, l’incredibile modernità delle tecniche comparative utilizzate sin dagli albori tra le dottrine delle diverse scuole¹⁸, la costruzione di modelli e teorie di analisi e classificazione, di creazione e affinamento di formule definitorie e terminologie speciali, la messa a sistema dell’intera fenomenologia giuridica. Fu un intenso lavoro di edificazione del *legal scaffolding*¹⁹ islamico, lavoro assolutamente analogo, ma parallelo,

¹³ SCHACHT J., *An Introduction to Islamic Law*, op. cit., *passim*.

¹⁴ SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano*, op. cit., *passim*.

¹⁵ SCHACHT J., *An Introduction*, cit.; JOHANSEN B., *Contingency in Sacred Law. Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh*, Brill, Leiden, 1999.

¹⁶ DAVID R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, op. cit., 380.

¹⁷ LAGHMANI S., *Le discours fondateur du droit. Éléments d'histoire de la philosophie du droit*, Cérès Production, Tunis, 1993, 167, cit. in GIOLO O., *La teoria musulmana del diritto tra volontarismo e razionalismo*, in *Riv. St. Pol. Int.*, 3 (2002), 405 ss.

¹⁸ SCHACHT J., *An Introduction...*, op. cit.; ved. anche il numero monografico III (1996) della rivista *Islamic Law and Society*.

¹⁹ Per usare l’espressione di WATSON A., *The Nature of Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1977.

all'esperienza dei grandi sistematori storici della scienza giuridica "positivistica" occidentale, che tuttavia, per ragioni già accennate, nel corso del XIX secolo apparve anche ai modernizzatori islamici come una tecnica strumentale comunque efficiente per riformare le società musulmane. In realtà il modello, in molti casi, fu imposto²⁰.

In sostanza, la necessità di adattamento, unita alla consapevolezza del *gap* che si andava creando con gli ordinamenti occidentali e la loro maggiore flessibilità di fronte ai processi di modernizzazione e alla concomitante necessità di bloccare la disgregazione del tessuto connettivo tradizionale delle società musulmane, ha portato il movimento modernista islamico a procedere quasi sempre a piccoli passi, riconfigurando poco alla volta nel diritto vivente gli istituti più connessi all'evoluzione socioeconomica (burocrazia, amministrazione, commercio...)²¹, evitando di toccare, se non in superficie, gli aspetti di nucleo, come ad esempio la legislazione sulla famiglia²². Ciò ha in primo luogo consentito di evitare esplosioni rivoluzionarie generalizzate, come è invece avvenuto per l'esperienza turca²³; in secondo luogo, ha consentito l'adattamento ai tempi e alla circolazione dei modelli delle strutture giuridiche più intimamente legate al processo economico²⁴. In terzo luogo, ha prodotto effetti diversi a seconda delle realtà nazionali, le quali, come si è detto, hanno viaggiato a differenti velocità²⁵. A volte, tuttavia, proprio l'eccesso di

²⁰ AL-BISHRĪ T., *Šari'a, invasione coloniale e modernizzazione del diritto nella società islamica*, in COSTA P. & ZOLO D. (cur.), *Lo stato di diritto, storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, 667 ss.

²¹ L'evoluzione del diritto islamico tra l'Ottocento e il Novecento è stata paragonata al processo di trasformazione giuridica dell'Impero romano, in cui la convivenza per lungo tempo tra diritto civile e diritto pretorio fu espressione concreta della divaricazione tra la tradizione giuridica e l'evoluzione dei bisogni della società e dell'economia (LINANT DE BELLEFONS Y., *Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Égypte*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1955).

²² CHARFI M., *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans*, in *Académie de droit international*, III (1987). Ved. anche, nello stesso senso ma con diverse argomentazioni, GIBB H.A.R., *Les tendances modernes de l'Islam*, Librairie Orientale et Américaine, Paris, 1949; SCHACHT, *An introduction to Islamic Law...*, op. cit.; IDEM, *Problems of Modern Islamic Legislation*, in *Studia Islamica*, 12 (1960); ANDERSON N., *Law Reform in the Muslim World*, The Athlone Press, London, 1976.

²³ In cui la valenza giuridica della *Shari'a* sarebbe stata azzerata (MORBIDELLI G. & Alii, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Monduzzi, Bologna, 1995).

²⁴ Il primo Codice di commercio "occidentalizzato" è quello ottomano del 1850. Malgrado il tentativo sempre ottomano del 1917 di razionalizzare i rapporti di famiglia, introducendo una specifica legislazione, su questo terreno la resistenza della tradizione è stata straordinariamente dura (cfr., oltre agli A. citati nella nota seguente, ALUFFI BECK-PECCOZ R., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Giuffrè, Milano, 1990), cosicché nel Novecento le strade di diritto dell'economia e diritto amministrativo da un lato, e quelle dello statuto personale dall'altro si biforcano, restando quest'ultimo nella gelosa sfera della giurisdizione religiosa, mentre il processo di occidentalizzazione degli altri diritti si accentua sempre più.

²⁵ A parte la Turchia, il più veloce è l'Egitto (cfr. LINANT DE BELLEFONS Y., *Immutabilité...*, op. cit.). Sugli sviluppi giuspubblicistici cfr. FLORY M. et AL., *Les régimes politiques arabes*, Puf, Paris,

occidentalizzazione ha generato poderose e drammatiche inversioni di marcia, specie nella seconda metà del Novecento.

Uno dei principali prodotti di queste trasformazioni fu comunque il mutamento della struttura e delle funzioni degli organismi giudiziari, attraverso una progressiva ripartizione di competenze tra tribunali “laici” di nuova creazione e il sistema tradizionale di giustizia religiosa, che vide i primi progressivamente sottrarre ai secondi la giurisdizione nelle materie commerciali, sull’amministrazione, sulle questioni economiche e aziendali, fino all’esautoramento pressoché totale delle corti sciaraitiche e, in alcune realtà nazionali, la loro soppressione.

Se sul piano dottrinale i *fuqaha'* avevano costruito una teoria integrale/integralista del diritto fondato sulla religione (il *fiqh*), teoria comprensiva di metodologia (*usul al-fiq*²⁶) e di regole settoriali (*furu*). La progressiva penetrazione del *qanûn*, il diritto positivo “statale” fondato sulla legge²⁷, ha portato, in vario modo e con varie velocità, prima alla coesistenza tra *diritto musulmano* e *diritti islamici*, e poi alla progressiva sostituzione di questi al primo²⁸, senza toccare formalmente il dogma della derivazione

1990; BROWN N.J., (a cura di) *The Rule of Law in the Arab World. Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge University Press, Cambridge 1997; MALLAT C., *Islam and Public Law*, Graham & Trotman, London, 1993. Sulle questioni legate alla modernizzazione del diritto privato e di famiglia, ved. BERNARD MOURIGNON M., *Quelques développements récents dans le droit du Statut personnel en Égypte*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 2 (2004); IDEM, *Dissolution du mariage et résolution non juridictionnelle des conflits conjugaux en Égypte*, in *Égypte/Monde Arabe*, 1/2005; ARABI O., *Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence*, Kluwer L. Int'l, London/New York, 2001.

²⁶ KAMALI M.H., *Principles of Islamic Jurisprudence*, Islamic Texts Society, Cambridge (UK), 1991, 12 ss.

²⁷ Da questo punto in poi si possono tracciare corrispondenze robuste con alcuni principi chiave del modello romano germanico e della tradizione di *common law*; ad esempio, a *Rechtsstaat* (Stato di diritto) corrisponde il sintagma *dawlat al-qanun*, e a *rule of law* (principio di legalità, certezza del diritto, supremazia della legge) corrisponde *hukm al-qanun* (BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in COSTA P. & ZOLO D. (cur.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, op. cit., 617).

²⁸ BETTINI R., *Sociologia del diritto islamico*, F. Angeli, Milano, 2004; CASTRO F., *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989; PICCINELLI G.M., *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici*, cit. Impossibile pertanto tentare operazioni di accostamento tra la dialettica *shari'a/qanun* e quella tra diritto comunitario e diritti nazionali, sulla base della considerazione che gli Stati islamici hanno in comune un diritto apicale rappresentato dalla legge religiosa (PREDIERI A., *Il diritto apicale metastatale. Analogie tra diritto comunitario e diritto islamico*, in *Dir. un. eur.*, 3 (1996); IDEM, *Shari'a e Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006): nel primo caso, il travaso di forza va dal diritto musulmano al diritto islamico, cioè dall'apicale “metastatale” al particolare “nazionale”, nel secondo, la progressione è rovesciata e segue un percorso di *shifting* di sovranità dagli Stati nazionali al diritto sovranazionale (sia consentito rinviare a vari lavori dello scrivente, tra cui, oltre a quelli già citati in precedenza, *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*, Milano, Giuffrè, 2005; *La Costituzione economica europea*, in PÉREZ ROYO J. et Alii, *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006; *Sulla Costituzione economica. Contributo per una teoria degli effetti costituzionali dell'economia*, in “*Il Risparmio*”, I/2008).

divina del diritto. In questo immenso processo di modernizzazione, le velocità sono state differenti; esistono tuttora alcune 'isole', oggetto peraltro di ribollenti crisi che svelano le tensioni tra conservazione e mutamento e, anche quando esplodono drammaticamente nell'attualità, assumono comunque le sembianze di eccezioni forzate, di colpi di coda, di impossibili ritorni²⁹.

Possiamo a questo punto trarre alcune conclusioni parziali. Primo: è impossibile negare che il *fiqh*, ancorché costruito integralmente sulla religione, abbia, da sempre, le connotazioni di un vero e proprio diritto, in quanto tecnica e struttura di soluzione dei conflitti sociali, interpersonali e collettivi. Secondo: deve prendersi atto dell'ineluttabilità del processo di sostituzione al *fiqh* di un diritto "statale", un *qanun* laico almeno in punto di forma, che è andato progressivamente mutando connotazioni, fisionomia e tecniche di lavoro dei "nuovi giuristi" islamici³⁰. In entrambe le prospettive, si tratta di *diritto*, senza l'aggettivazione "cosiddetto"; nella seconda, si tratta di modelli in parte ancora in formazione, che convergono, e ad alta velocità, insieme ai modelli giuridici occidentali, verso configurazioni e sistemi sempre più uniformi e universali.

§4. Costituzione e *Shari'a*

Ciascuno degli Stati della costellazione del mondo islamico possiede dunque il diritto, che si è variamente evoluto nella scansione storica degli ordinamenti giuridici di ciascuno di essi.

²⁹ Così, ad esempio, la recentissima decisione, assunta sulla base dell'accordo concluso il 16 febbraio 2009 tra il governo della *North West Frontier Province* (NWFP) e maulana Sufi Mohammad, leader del *Tehrik Nifaz Shariat-i Muhammadi* (TNSM), di autorizzare l'introduzione della *Shari'a* nella regione di Malakand rappresenta un cedimento delle istituzioni pakistane ai talebani, nel tentativo disperato di nascondere una sconfitta militare sempre più visibile, e non di un deliberato decentramento autonomistico concesso da un governo che ha il pieno controllo del territorio di fronte a richieste legittime dei cittadini (CARBONARI F., *Pakistan: l'introduzione della Shari'a e i rischi di talibanizzazione*, www.argoriente.it, marzo 2009); sulla questione cfr. anche KHAN M. A., *The Return of Shari'a Law to Pakistan's Swat Region*, in *Terrorism Monitor*, 7 (2009).

³⁰ «Il nuovo giurista (...) non ha più una formazione religiosa propedeutica a quella giuridica. La materia culturale è abbandonata al *faqih* tradizionale che si ritrova a fare sempre di più il teologo e sempre di meno il giurista. Il nuovo diritto non ha bisogno, nel suo ambito, del giurista-sacerdote. Lo stato procede nella produzione di norme per via autoritativa. Il legislatore pensa le riforme e le mette in pratica: la ricezione dell'esperienza giuridica occidentale è, nelle sue mani, lo strumento della modernizzazione. Una volta abolite le corti della *shari'a*, provvedimento che molti stati adottano iniziando dall'Egitto nel 1956, il giudice applicherà prima di tutto le leggi dello stato. La dialettica tra *siyasa* e *shari'a*, in precedenza favorevole a quest'ultima, si risolve adesso in favore della *siyasa* e del *qanun* (...) Vi sono già qui gli elementi sufficienti per poter affermare che la soluzione di continuità tra la tradizione giuridica musulmana e il contemporaneo diritto dei paesi islamici è insanabile e, probabilmente, irreversibile» PICCINELLI G. M., *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici*, op. cit., 137; ved. anche CASTRO F., *Sistema sciaraitico*, op. cit., 165 ss.; IDEM, *La codificazione del diritto privato nei paesi arabi contemporanei*, in *Riv. Dir. Civ.*, I (1985).

Gli Stati islamici possiedono, da sempre, anche una Costituzione.

Premesso che il fatto di possedere una Costituzione non è (come del resto abbiamo visto per il diritto) né cosa buona né cosa cattiva, ma è semplicemente e appunto un fatto, qualsiasi tentativo di negare questo assunto, apparentemente di piena evidenza, è destituito di fondamento scientifico.

Come abbiamo visto in precedenza i caratteri di storicità e relatività dei fenomeni giuridici implicano che non esiste «il» diritto ma esistono «i» diritti, che si materializzano in sistemi giuridici storicizzati, cioè variabili nel tempo e nello spazio. Gli ordinamenti giuridici traggono fondamento, razionalità e legittimazione da assetti storici materiali della società e dell'economia, e si estinguono con il mutare di tali condizioni. L'evoluzione nel tempo delle forme di potere, dall'antichità al sistema feudale, da questo allo Stato, nei suoi vari passaggi e forme (Assolutismo, Stato liberale di diritto, Stato democratico sociale), e dallo Stato alle moderne entità sovranazionali, costituisce la prova più vistosa dell'effetto del mutamento socioeconomico sul mutamento del diritto. Una spiegazione scientifica del mutamento degli ordinamenti può essere fondata sulla concezione materialistica della storia, e argomentata in termini di trasformazioni del nucleo di valori (*core*) che in ogni fase storica traduce in ordinamento giuridico gli imperativi socioeconomici e le regole intime della cooperazione tra gli individui in una determinata società. Ho assegnato a tale nucleo il nome di *costituzione materiale*, cioè un sistema di regole implicite, strutturali e oggettive, la cui fonte è la dialettica storica dell'economia e della società³¹. Gli imperativi della costituzione materiale, che è essenzialmente una

³¹ Usando un linguaggio risalente, ma tornato recentemente di moda (v. il bel saggio di L. Patruno, *La "natura delle cose"*, in www.dircost.unito.it, di cui peraltro non condivido quasi nulla) il senso in cui intendo la Costituzione materiale può essere paragonato a quello che RADBRUCH (RADBRUCH G., *Der Geist des englischen Rechts* (1946), reprint: Vanderhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1956) dà alla dottrina della "natura delle cose", corretto e integrato con le considerazioni di BACCELI G., *Prefazione* a DI PLINIO G., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, ESA, 2009, di cui riporto alcuni passaggi: «L'Autore, infatti, fin dai suoi esordi, ha seguito una strada impervia, non ancora segnata, che parte dallo studio della storia economica prima ancora che dalla filosofia del diritto. Non si tratta di una opzione dettata da preferenze individuali ma necessitata una volta scelta, come metodologia di indagine dell'universo giuridico, la teoria marxiana del materialismo storico. Di Plinio, infatti, accoglie del marxismo la metodologia, giungendo però ad esiti diametralmente opposti a quelli del filosofo di Treviri (...). Del materialismo storico (...) di Plinio fa propria la metodologia intesa come modalità di indagine dell'universo giuridico (...). Nel caso del diritto pubblico dell'economia tutto ciò comporta che non si possa partire dalla cosiddetta law in the book quanto, piuttosto, dall'analisi dei vincoli che i sistemi economici pongono alla disciplina dei rapporti tra gli agenti (...) La strada aperta da di Plinio, pertanto, si inserisce nell'alveo del giusrealismo, giacché, come è proprio di questa tradizione di ricerca, afferma la centralità del giudice nella produzione del diritto, ma, rispetto a tale accostamento, se ne distacca laddove affianca, a tale analisi, quella dei vincoli economici che conformano il diritto. Questo sincretismo teoretico aiuta l'Autore a sfuggire alle critiche avanzate nei confronti del giusrealismo (...).»

costituzione economica, costituiscono prescrizioni categoriche e condizionano la produzione e l'applicazione del diritto. Non necessariamente tali imperativi sono trascritti in una Costituzione "formale", e non sempre, quando ciò avviene, il testo formale resta coerente nel tempo con la dinamica della costituzione materiale. Se Costituzione e leggi "scritte" sono coerenti con la costituzione materiale l'ordinamento conserva la condizione essenziale di stabilità; in caso contrario, esso si addentra in uno stato di crisi, più o meno grave, più o meno strutturale, di coerenza, di razionalità e di legittimazione, nel corso della quale compaiono nuovi valori, che si installano progressivamente nella società e aggiornano i precedenti, in forma parziale, mediante tecniche revisioniste o riformatrici, o in forma globale, mediante processi rivoluzionari.

Nel contesto appena descritto, tutti gli ordinamenti giuridici storicamente esistiti posseggono una "Costituzione" cioè un insieme di regole supreme, il cui carattere specifico è la capacità di vincolare non solo i governati, ma anche i governanti, compresi i produttori di leggi.

È necessario, a tale riguardo, distinguere tra Costituzione e teoria della Costituzione. Un popolo ha una Costituzione anche quando la sua cultura giuridica non ha ancora elaborato concetti di scienza sociale adeguati per darne una compiuta elaborazione scientifica. Questa precisazione può spiegare perché da un lato «l'Islam – o meglio i giureconsulti musulmani ritengono in realtà che sia stato l'Islam a creare la "prima forma di Costituzione" materiale e non già l'Europa» con la nascita del Califfato, e dall'altro «la civiltà occidentale ritiene di aver "creato" il diritto pubblico ed in particolare quello costituzionale»³². Qui abbiamo una teoria della Costituzione e del diritto costituzionale, nel primo caso una Costituzione in carne ed ossa; questo non vuol dire che, anche prima del Califfato, e ancora prima di MAOMETTO, o dopo, non esistesse in quei popoli, come in tutti gli altri popoli della Terra raccolti in società a cooperazione almeno al minimo complessa, una Costituzione. Ma non significa neppure che la teoria della Costituzione elaborata in Occidente sia poi così originale e autoctona, dato che la sua genesi ha indubbiamente risentito dell'influsso delle culture precedenti, compresa quella islamica³³.

³² CECCARELLI MOROLLI D., *Shari'a e costituzioni nei paesi musulmani*, in «*Iura Orientalia*» 2 (2006), 105 ss. Secondo l'A. la cultura giuridica islamica riconduce la nascita di una Costituzione materiale al periodo della formazione del primo Califfato e della *bay'a* (riconoscimento della sovranità; le fonti citate al riguardo sono i lavori di TYAN E., *Bay'a*, in *Encyclopédie de l'Islam*, Leyden-Paris, 1960, t.I, 1146 s., e *Institutions du droit public musulman*, Paris, vol. I, 1954, 315 ss. e vol. II, 1957, 129 ss., 345 ss., 474 ss.).

³³ Sembrano invece "eccessive" le tesi islamiche – ricordate da CECCARELLI MOROLLI (ved. nota precedente) – secondo cui sarebbe «stato l'Islam a "creare" il diritto costituzionale o per lo meno ad aver provveduto in forma embrionale a modelli che poi l'Europa ha sviluppato in modo proprio ed

Non c'è alcuna possibilità di dubitare che i popoli musulmani, nella misura in cui si sono storicamente uniti in comunità politiche e Stati, hanno sempre avuto una loro propria *Costituzione materiale*, la cui formalizzazione è in gran parte contenuta nei principi chiave della *Shari'a*, che, indipendentemente dal fatto che sia o meno una Costituzione sovranazionale che permea di sé tutti gli Stati islamici³⁴, si pone come sistema normativo di nucleo per ciascuno degli Stati in cui si applica, e dunque rappresenta anche la parte più alta e intoccabile, cioè non soggetta a revisione, della Costituzione anche in senso formale di ciascuno di detti Stati³⁵.

Che il nucleo di valori “costituzionali” islamici sia considerato *eterno* e immodificabile non può né deve destare alcuna meraviglia, né sconcerto o preoccupazione. Si tratta infatti di dogmi del tutto pacifici e anche alquanto risalenti nella dottrina costituzionalistica occidentale, in cui è comune il riconoscimento che in tutte le costituzioni (anche in quelle flessibili) esistono limiti sostanziali, “clausole di eternità”, derivanti da un *nucleo* di valori (a volte impliciti, a volte dichiarati formalmente) ritenuto *immodificabile*, la cui violazione configurerebbe una trasformazione costituzionale illegittima³⁶. La dottrina più recente, inoltre, discute sulla

autonomo», se pure è vero che LOCKE fece tesoro delle lezioni di EDWARD PEACOCKE, il primo docente di studi arabi in Inghilterra, e che Montesquieu fu in qualche modo influenzato dall'opera di IBN KHALDUN (ved. WEERAMANATRY C. G., *Islamic Jurisprudence: an international perspective*, Macmillan, London, 1988), e come pure è suggestivo, anche se scientificamente poco solido, immaginare che nell'antica Yathrib, che poi divenne Medina (*Madinat al-Nabi*, la città del Profeta), lo stesso MAOMETTO, creando la *Ummah*, costruiva anche qualcosa di assimilabile a embrioni di Stato e Costituzione in senso moderno; cfr. RIZZARDI G., *Introduzione all'Islam*, Queriniana, Brescia 1992, 34 ss.; D'EMILIA A., *Roman and Muslim Law in East and West*, 1953, in EDGE I. (cur.), *Islamic Law and Legal Theory*, Dartmouth, Aldershot, 1996; MONTGOMERY WATT W., *Islamic Political Thought: The Basic Concepts*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1980).

³⁴ PREDIERI A., *Shari'a e Costituzione*, op. cit.

³⁵ È significativo che fasce sempre più ampie della dottrina giuridica islamica considerano la *Shari'a* una vera e propria Costituzione; ved., ad. es.; TURABI H., *Qadaya al-Hurriyyah wa al-Wibdah wa al-Shura wa al-Dimokratiyyah* (Problemi di libertà, unità, consultazione e democrazia), al-Dar al-Su'udiyah lil-Nashr, 1987, 25; MAWDUDI A. A., *Tadwin al-Dustoor al-Islami* (Codificazione della Costituzione islamica), Mu'assat al-Risalah, s. l. 1975, p. 11, citati da BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, op. cit., 623. Dell'opera del MAWDUDI si può vedere la traduzione inglese *Islamic Law and Constitution*, nona ed., Islamic Pub., Lahore, 1986; sulla dottrina di TURABI, cfr. EL-AFFENDI A., *Turabi's Revolution: Islam and Power in Sudan*, Grey Seal Books, London, 1991, e IDEM, *Hassan Turabi and the Limits of Modern Islamic Reformism*, in ABU-RABI I.M. (ed.), *The Blackwell companion to contemporary Islamic thought*, Blackwell, Malden (MA), 2006, 145 ss.

³⁶ DOGLIANI M., *Clausole di eternità e revisione totale nel pensiero di Peter Häberle*, in GAMBINO S. & D'IGNAZIO G. (cur.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 2007; FERRARA G., *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, II, Cedam, Padova, 1998; LUCIANI M., *I limiti assoluti alla revisione costituzionale relativi alla forma di governo*, in GAMBINO S. & G. D'IGNAZIO (cur.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, op. cit.; MODUGNO F.,

problematica della protezione delle costituzioni nazionali derivante dalla loro aggregazione sovranazionale in costituzioni multilivello; in questo contesto, il materiale nucleico della Costituzione nazionale deriverebbe da principi comuni, internazionali o sovranazionali (come nel caso dell'Unione europea o del WTO), che penetrano nelle costituzioni degli Stati e non sono più modificabili da parte degli organi e dei poteri degli Stati stessi³⁷.

Nessuno scandalo, dunque, sulla *clausola di eternità* sciaraitica. Il reale problema, semmai, è quello di quanto siano effettivi ed efficaci questi limiti assoluti; ovviamente la partita si gioca o sugli atteggiamenti, sulla legittimazione e sulla forza di poteri di garanzia, in particolare dei giudici e delle Corti costituzionali nel contrastare “legalmente” le violazioni al nucleo o sul terreno della violenza rivoluzionaria e della guerra civile. Tuttavia non è affatto escluso, e si è concretamente verificato, che un ordinamento costituzionale completamente sovversivo dei valori di nucleo del precedente si instauri “legalmente”³⁸, o *de facto* mediante un mix di trasformazioni interpretative, atteggiamenti della giurisprudenza, mutamenti informali, anche indipendentemente da revisioni ufficiali o variazione formale del testo delle Carte costituzionali³⁹.

Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e sui suoi possibili limiti, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005; RIGAUX M.F., *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Lancier, Bruxelles, 1985; RUGGERI A., *Revisioni costituzionali e sviluppi della forma di governo*, in GAMBINO S. & G. D'IGNAZIO (cur.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, op. cit.

³⁷ Sia consentito il rinvio a DI PLINIO G., *Il common core della deregulation*, op. cit., *passim*; diffusamente, cfr. CONSTANTINESCO V., PIERRE-CAPS S., *Droit constitutionnel*, P.U.F., Paris, 2004; COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006; DIEZ-PICAZO L. M., *Limites internacionales al poder constituyente*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 76 (2006); FAVOREU L., *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, in *Pouvoirs*, 1993, n.67; GERKRATH J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Editions de l'Université, Bruxelles, 1997; MAUS D., *L'influence du droit international contemporain sur l'exercice du pouvoir constituant*, in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, 2001; MAZIAU N., *Les Constitutions internationalisées. Aspects théoriques et essai de typologie*, in www.unisi.it; MOUTON J. D., *Les mutations de la notion de Constitution et le droit international*, in *Civitas Europa*, 2001, n. 6; PALERMO F., *La forma di Stato dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2005.

³⁸ Ved., ad es.: BARILE P. & DE SIERVO U., s.v. *Revisione della Costituzione*, in *Noviss. Dig.*, XV, Utet, Torino, 1968; LAVAGNA C., *Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1977; PACE A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997.

³⁹ Cfr., tra gli altri, ACKERMAN B., *We the People. I: Foundations*, Belknap, Cambridge Mass./London, 1991; IDEM, *We the People. II: Transformations*, Belknap, Cambridge Mass./London, 1998; BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. I: La Costituzione liberale, e Vol. II: La Costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 1998-2000; IDEM, *The american constitution and italian constitutionalism. An essay in comparative constitutional history*, CLUEB, Bologna, 2008; CERVATI A., PANUNZIO S., RIDOLA P., *Studi sulla riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001; DOGLIANI M., *Potere costituente e revisione costituzionale*, in ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J. (cur.), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996; FERRARA G., *Costituzione e revisione costituzionale*, cit.; HENNIS W., *Verfassung und Verfassungswirklichkeit: ein deutsches problem*, Mohr, Tübingen, 1968; MODUGNO

Non si può inseguire più di tanto, considerata l'economia del presente lavoro, questa suggestiva problematica. Vale però la pena di riassumere alcune evidenze e sviluppare alcuni corollari da quanto si è finora argomentato: a) la "clausola di eternità", essenziale nella *Shari'a*, è diffusa anche nelle costituzioni occidentali e nelle loro interpretazioni; b) ciò che varia potrebbero essere i contenuti, ma in questo caso giudizi di valore sugli uni o sugli altri non possono essere dati senza uscire dalla neutralità scientifica; c) identificare la *Shari'a* come nucleo della Costituzione di uno Stato islamico non può diminuire il valore tecnico scientifico dell'affermazione che tale Stato islamico abbia una Costituzione; d) il fatto che nel nucleo costituzionale di uno Stato islamico siano presenti i valori della *Shari'a* non implica che non possano essere introdotti dal popolo e dai governanti di quello Stato, in vario modo e con progressive scansioni storiche, anche altri valori, principi e regole propriamente "costituzionali".

La riflessione su quest'ultimo non può che essere parallela a quella fatta nelle pagine precedenti sul processo di integrazione e sostituzione del *qanun*, formalmente "laico" al *fiqh*, in una progressione che, come si è visto, ha sostanzialmente rinnovato non sole le regole del diritto amministrativo, commerciale, tributario, internazionale, ma ha anche originato un profondo mutamento nella cultura, nella formazione e negli strumenti dei nuovi giuristi islamici⁴⁰.

L'Ottocento e il Novecento hanno visto anche il fiorire di cicli costituzionali, che hanno coinvolto praticamente tutti i Paesi di area islamica, costellato dall'introduzione, o dalla riforma, di Carte costituzionali (*Dustur*) su *format* occidentale, con varie tipologie di personalizzazione, e con una penetrazione del fattore religioso meno radicale di quanto ci si sarebbe potuto aspettare⁴¹.

F., *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale*, cit.; M.F. Rigaux, *La théorie des limites matérielles*, cit.; SCHMITT C., *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, trad. It. *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984; ZAGREBELSKY G., *Considerazioni sulla fortuna attuale della dottrina della Costituzione in senso materiale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999.

⁴⁰ PICCINELLI G.M., *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici*, op. cit., 137 s.; CASTRO F., *Sistema sciaraitico*, op. cit., *passim*; IDEM, *La codificazione del diritto privato nei paesi arabi contemporanei*, op. cit., *passim*.

⁴¹ FERRARI S., *Costituzione e religione*, in *Soc. dir.*, 3/2008. Una panoramica, con spiegazioni approfondite, in CECCARELLI MOROLLI D., *Shari'a e costituzioni nei paesi musulmani*, op. cit., 92 ss. Cfr. anche: AA. VV., *Les Constitutions de Pays Arabes. Colloque de Beyrouth 1998*, Bruylant, Bruxelles, 1999; CANAL-FORGUES E., *Recueil des Constitutions des Pays Arabes*, Bruylant, Bruxelles, 2000; OLIVIERO M., *Il costituzionalismo dei paesi arabi. I. Le costituzioni del Maghreb*, Giuffrè, Milano, 2003; IDEM, *costituzioni e costituzionalismo nei Paesi arabi*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 3 (2003), 1111 ss. Su un caso emblematico: VERCELLIN G., *What in an "Islamic State? The factor "Islam" in the constitution of Afghanistan*, in *Nomos* 1 (2004), 35 ss.; DELSENNE L., *La Constitution afgane: entre République islamique et idéal démocratique?*, in *Rev. Dr. Pub. Sc. Pol.*, 5 (2005), 1337 ss.; KAMALI M.H., *Islam and*

Si tratta di documenti in larga misura imposti, in una prima fase da parte dei dominatori coloniali e successivamente nell'ambito di un ambiguo processo di "democratizzazione" guidato dalle grandi potenze e dai poteri finanziari mondiali ed europei. In altre sedi, ho espresso il dubbio che un contesto costituzionale di democratizzazione possa essere imposto, senza alcune precondizioni strutturali⁴². La Costituzione non è niente di più di un pezzo di carta se non esistono le condizioni materiali necessarie per la effettività giuridica di un sistema di istituzioni democratiche e di diritti fondamentali. Questi oggetti non dipendono dalla proclamazione formale, ma dal gioco concreto delle variabili storiche e sostanziali; sotto questo profilo, la democrazia dipende dallo sviluppo economico⁴³, che è una *condizione necessaria*⁴⁴. La ragione è semplice: il modello occidentale di

its Shari'a in the Afghan Constitution 2004 with special reference to personal law, in YASSARI N. (ed.), *The Shari'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt: implications for private law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, 23 ss.; PAPA M., *Afghanistan: tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra Shari'a, consuetudini e diritto statale*, Giappichelli, Torino, 2006; PIN A., *La nuova Costituzione dell'Afghanistan: il fattore religioso e gli elementi innovativi*, in *Dir. Soc.* 2 (2006), 269 ss.; PREDIERI A., *Shari'a e Costituzione*, op. cit., 113.

⁴² DI PLINIO G., *Su alcuni presupposti strutturali della performance dei processi di democratizzazione nelle aree economiche deboli*, in ORRÙ R. & SCIANNELLA L. (cur.), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, Giappichelli, 2004.

⁴³ La dottrina economica è divisa sulla validità della *Lipset-hypothesis* (LIPSET S.M., *Political Man. The Social Bases of Politics*, New York, Doubleday, 1960), secondo cui i livelli di democrazia e diritti umani sono proporzionali alla prosperità economica. Alcuni ad esempio pensano che i rapporti tra democrazia e sviluppo seguono equilibri multipli piuttosto che funzioni lineari (COLLIGNON S., *Why Do Poor Countries Choose Low Human Rights? Some Lessons from Burma*, Inaugural Lecture at the Faculty of Economics, Freie Universität Berlin, 17 November 1999: www.StefanCollignon.de); ciò può sembrare ragionevole, ma in ogni caso il sostrato di tali equilibri ha comunque un blocco di radici economiche materiali, senza le quali gli altri fattori semplicemente non funzionano (su questi aspetti, cfr. DI PLINIO G., *Su alcuni presupposti strutturali della performance dei processi di democratizzazione*, op. cit.). L'esperienza storica degli Stati industriali insegna che democrazia e diritti possono convivere con le più disparate forme costituzionali, ma la loro effettività dipende ampiamente da crescita economica e prodotto interno lordo, salute finanziaria, stabilità monetaria, competitività economica e commerciale, efficienza, trasparenza, snellezza e produttività delle amministrazioni interne e delle regolazioni economiche. È utopistico ritenere che una Costituzione "democratica" imposta in paesi in via di sviluppo (PVS) possa effettivamente funzionare se mancano tali condizioni, a maggior ragione quando la globalizzazione sottopone le economie deboli a terremoti finanziari e guerre commerciali (ma anche guerre *tout court*), specie se si considera che i poteri mondiali che impongono la democratizzazione sono influenzati direttamente da forze e lobby il cui sistema di interessi è la causa efficiente (sia come difesa, ad esempio protezionismi, sia come attacco, ad esempio speculazioni finanziarie) degli attacchi e delle conseguenti destabilizzazioni delle economie dei Paesi in Via di Sviluppo (PVS).

⁴⁴ Ancorché non sempre sufficiente, nella misura in cui la storia recente dimostra che si può avere sviluppo economico senza democrazia e diritti. La tesi di ELSTER (ELSTER J., *The Impact of Constitutions on Economic Performance*, in *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics*, World Bank, Washington, D.C., 1995, 215), secondo cui l'efficienza economica dipende dal grado di democraticità delle istituzioni, è seccamente smentita dal *puzzle* cinese, che coniuga sviluppo economico e assenza di democrazia e diritti, almeno nel senso

Costituzione, diritti e democrazia può svilupparsi in un Paese solo *in forma endogena*, e solo a patto che si modernizzi e si sviluppi in tale Paese una autonoma e sovrana Costituzione economica. La *performance* di democrazie e diritti quindi è largamente dipendente dal dosaggio di autonomia, endogenia e crescita congiunta di economia e democrazia. Non è dunque la globalizzazione a produrre la povertà⁴⁵, ma l'uso che i paesi ricchi fanno della globalizzazione, imponendo condizioni che possono provocare effetti devastanti, e instaurando blocchi dei loro mercati mentre impongono aperture ai Paesi in Via di Sviluppo [= *PVS*] in cambio di aiuti allo sviluppo ("la polpetta avvelenata"), o semplicemente con i poteri del creditore nei confronti del debitore. Da questo punto di vista le *performance* negative dei *PVS* vanno addebitate, piuttosto che a un eccesso di globalizzazione, a una globalizzazione incompleta, determinata dall'incapacità dei paesi ricchi di rinunciare ai protezionismi nazionali e regionali, e dalla debolezza istituzionale dei *PVS*, evidentemente collegati a spirale. Se i poteri forti dell'economia mondiale volessero davvero la democratizzazione dei *PVS*, l'unico sistema efficiente sarebbe quello che passa per l'apertura dei mercati dei paesi ricchi e la liberalizzazione degli scambi⁴⁶; se a ciò si aggiungono politiche di comunicazione che fomentano la demonizzazione reciproca o anche la sola incomprensione tra le culture, la 'democratizzazione' imposta è non solo inutile, ma anche dannosa.

Questo vuol dire che non basta scrivere e votare una "Carta" ma è necessario un *living framework*, un *mix* vivente di economia, istituzioni e processi che dia effettività alle parole contenute in quei *paper flowers* che sono le costituzioni scritte. In conclusione i trapianti costituzionali non sono efficaci, o creano addirittura maggiori problemi, senza lo sviluppo di una endogena *capacity building* degli assetti istituzionali⁴⁷, a sua volta dipendente

occidentale, cfr. JEFFERSON G.H., *China's Evolving (Implicit) Economic Constitution*, in *China Econ. Rev.*, 13/4 (2002), 394.

⁴⁵ Indipendentemente dalla sua natura ["nebbia concettuale" per BECK U., *What is Globalization?*, Cambridge, Polity Press, 2000; processo *in itinere* per HABERMAS J., *La costellazione postnazionale*, Milano, Feltrinelli, 1999; o altro ancora per DENNINGER E., *L'impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee*, in *Rass. Parl.*, 1 (2004)], la globalizzazione ha il carattere di ineluttabilità, di oggetto politicamente non influenzabile, e dunque non può essere accusata di peggiorare le condizioni di povertà dei *PVS* più di quanto possa essere ringraziata per la loro crescita economica.

⁴⁶ «L'histoire et la théorie le démontrent de façon claire et incontestable: l'aide aux pays sous-développés est inefficace, en Afrique comme ailleurs. C'est plutôt par l'ouverture de leurs frontières au commerce que les pays industrialisés sont le plus susceptibles de déclencher la croissance et le progrès là où on ne l'observe pas» (MIGUE J.L., *Comment aider l'Afrique: aide ou ouverture des marchés?*; www.quebecoislibre.org/020803-5.htm).

⁴⁷ RODRIK D., *Institutions for high-quality growth: what they are and how to acquire them*, NBER Working Paper, n. 7540/2000, <http://papers.nber.org>; KOLODKO G. W., *From Shock to Therapy. The Political Economy of Post Communist Transition*, NY, Oxford University Press, 2000; in generale sui

dal grado di autonomia nel controllo dei processi di crescita, e dall'eguaglianza nelle relazioni internazionali di scambio⁴⁸.

Per tempi più o meno lunghi le costituzioni “occidentali” islamiche sono rimaste, appunto, fiori di carta, esempi di un “mimetismo costituzionale”⁴⁹, che, al di là e al di sopra di una sequenza di articoli e principi estratti in copia/incolla dalle costituzioni occidentali, ha per lungo tempo conservato gelosamente un'altra Costituzione, quella che deriva dalla sedimentazione storica di trasformazioni e adattamenti del *fiqh* nel quadro formalmente immutabile ma sostanzialmente plastico della *Shari'a*.

Si noti d'altra parte che questo mimetismo, questa spaccatura tra la Carta e la sua applicazione, questa inattuazione sostanziale dei principi costituzionali non costituiscono affatto prerogative delle costituzioni islamiche; si tratta infatti di fenomeni ampiamente rilevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nello studio e nella valutazione delle costituzioni più o meno di tutti i Paesi occidentali, anche quelli costituzionalmente più “blasonati”, e in fondo derivanti a ineluttabilità delle condizioni materiali in cui, in ciascuna contingenza storica, si muovono le scelte politiche e le interpretazioni costituzionali.

Ciò nonostante, recentemente la cultura giuridica islamica ha variamente preso atto, con tempi e modalità diverse da Stato a Stato, che il diritto costituzionale occidentale è in fondo una buona tecnica e ha molte qualità positive, delle quali si può fruire senza danneggiare, anzi in un certo senso valorizzando e modernizzando, il nucleo sciaraitico del diritto islamico⁵⁰, depurato da fanatismi e integralismi che, piuttosto che costituirne

problemi dei *transplants* DE VERGOTTINI G., *Modelli costituzionali e innovazione*, in *Dir. Pubbl Comp. Eur.*, 4 (1999), 1327 ss.

⁴⁸ STIGLITZ J.E., *Whither Reform? Ten Years of the Transition*, Keynote Address, WB Conference on Development Economics, 1999, April 28-30, Washington, D.C. [<http://www.worldbank.org/research/abcde/stiglitz.html>]; IDEM, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, Einaudi, 2002; ROLAND G., *Ten Years After*, op. cit.

⁴⁹ Comune alle culture giuridiche africane: GONIDEC P.F., *Constitutionnalismes africains*, in *Rev. Jur. Pol. Ind. Coop.*, 1996, 23 ss., 36.

⁵⁰ Con una storica decisione (sent., 19 maggio 1990, cit. in BROWN N. J., *The Rule of Law in the Arab World: Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge Univ. Press, Cambridge UK, 1997, 121) la Corte costituzionale egiziana, nell'annullare una legge elettorale incostituzionale, ha disegnato un suggestivo quadro costituzionale vivente di principi (supremazia e rigidità della Costituzione, *judicial review*, separazione tra disposizioni costituzionali e indirizzo politico di maggioranza ...) completamente interfacciabile con la giurisprudenza delle più famose Corti occidentali, senza che risultasse intaccata di un millimetro l'implicita superiorità del nucleo sciaraitico presente anche a livello formale nella Costituzione dell'Egitto (art. 2). Sul punto v. tra gli altri C. MALLAT (ed.), *Islam and Public Law*, Graham and Trotman, London, 1993, in part. 11 ss.; BROWN N.J., SHERIF A.O., *Inscribing the Islamic shari'a in Arab constitutional law*, in HADDAD Y.Y., STOWASSER B.F. (eds.), *Islamic Law and the Challenge of Modernity*, AltaMira, Walnut Creek, CA, 2004, 55 ss.; BROWN N.J. & LOMBARDI C.B., *Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's*

la storica difesa, ne rappresentano una altrettanto storica deviazione, inutile e dannosa in età di globalizzazione del diritto e di internazionalizzazione delle culture⁵¹.

§5. Il costituzionalismo tra ideologia e scienza del diritto

Un atteggiamento frequente della letteratura occidentale di diritto costituzionale è quello valutativo. L'operazione più corrente, in tale contesto, è la valutazione di sistemi giuridici alla luce di principi, dogmi, dottrine, di volta in volta presentati come componenti essenziali del 'costituzionalismo'. Da questa simpatica abitudine è scaturito addirittura un sintagma ossimorico: "Costituzione incostituzionale", o "Costituzione senza costituzionalismo"⁵², con cui sono timbrati i sistemi che non corrispondono al modello di costituzionalismo che in quel momento è nella mente di colui che compie la valutazione.

Per capire il gioco, bisogna premettere che un bilancio consuntivo dipende da come viene strutturato il preventivo. Com'è stato acutamente sottolineato, nella dottrina occidentale "costituzionalismo" è uno di quei termini che «hanno invariabilmente una complessità semantica maggiore di quella suggerita dalla loro derivazione linguistica o dalla somma delle loro parti», con la conseguenza che «il concetto di costituzionalismo ha finito per acquistare un'importanza eccessiva, almeno per quanto riguarda il pensiero politico occidentale. Ciò stimola l'interrogativo sulla sua universalità: i concetti realmente basilari e fondamentali non dovrebbero

Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law, in *Am. U. Int'l L. Rev.*, 2006, 377 ss.; LOMBARDI C.B., *Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt. The Constitutionalization of the Shari'a in a Modern Arab State*, in *Col. J. Transnt'l. L.*, 1998/99, 81 ss.

⁵¹ Molto significativi al riguardo mi sembrano gli studi di ABDELWAHAB EL-AFFENDI, tra cui *Who Needs an Islamic State?*, 2° ed., Malaysia Think Tank, London, 2008, che contiene un'upgrade in chiave postmoderna di contributi come quelli di HASSAN TURABI e di precursori del calibro di IBN KHALDUN. D'altra parte, e di conseguenza, le posizioni iperintegraliste di negazione assoluta, che spesso si connettono con odio e violenza («no need for a Constitution in the presence of the Quran and Sunnah», ha detto nel corso di un'intervista a Geo TV Sufi Mohammad, leader del *Tebrik Nifaz Shariat-i Muhammadi*) appaiono sempre più minoritarie. Sui modelli costituzionali "integralisti" basati esclusivamente sulla trasposizione di Corano e Sunna (da quello dei *Fratelli Musulmani* del 1952 a quello del Consiglio Islamico del 1983 e di Garishah del 1984): ALDEEB ABU-SAHLIEH S.A., *Les Musulmans face aux droits de l'Homme. Religion et droit et politique. Etude et documents*, Winkler, Bochum, 1994, in part. 521 ss.)

⁵² A titolo di esempio, tra i moltissimi, GROPPI T., *costituzioni senza costituzionalismo. La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo*, in *Politica del diritto*, 2/2006, 187 ss. La stessa Autrice ha editato la pubblicazione di un volume (GROPPI T., OTTOLENGHI E., MORDECHAI RABELLO A. (eds.), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006) sul sistema costituzionale di Israele, che, malgrado secondo questo libro corrisponda nella sostanza ai canoni del costituzionalismo, non ha una vera e propria Costituzione. E allora, qui, cosa abbiamo: un 'costituzionalismo senza Costituzione'?

essere (non sono normalmente) di rilevanza locale. Perciò la discussione del significato e della possibilità del costituzionalismo nel pensiero arabo-islamico può servire come banco di prova parziale dell'universalità di questo concetto»⁵³.

È vero che soprattutto in Europa, parallelamente ai processi di dissoluzione dell'Assolutismo, sulla teoria dello Stato si è innestata una teoria della Costituzione come legittimazione del potere attraverso il *diritto* e contestuale protezione dei *diritti* attraverso l'uso legittimo del potere⁵⁴. Questi aspetti, in verità, sono conaturati alla stessa struttura delle società e del diritto, e quindi sono sempre esistiti, anche se non esisteva il nome o addirittura la coscienza culturale della cosa, come pure la vera difficoltà è sempre stata quella della ricerca di forme e tecniche di protezione di tali valori rispetto agli stessi detentori dei poteri di creazione del diritto e di applicazione della forza. Come si è già detto, nel contesto dei processi dissolutivi degli Stati assoluti in Europa, la coscienza culturale di questi principi elementari della struttura sociale e politica ha consentito l'enucleazione dottrinale del principio-chiave di ogni Costituzione, vale a dire il *garantismo*, che è divenuto il nucleo di un maestoso movimento politico/culturale, il *costituzionalismo*, il quale nella sua accezione più storicamente razionale e scientificamente fondata non è altro che il teorema della *limitazione del potere mediante il diritto*, attuata mediante vincoli procedurali, controlli reciproci, separazione dei poteri⁵⁵, e appunto affonda le sue radici nell'esigenza di protezione e autoprotezione della Costituzione materiale e dei valori che essa impone, siano o meno formalizzati in dichiarazioni solenni o documenti costituzionali. È difficile contestare l'affermazione che tale nucleo di valori, espresso in forma imperativa dalla società e dall'economia, debba essere difeso anche dagli attacchi che possono venire dai governanti, dall'irrazionalità dei principi, dagli eccessi del potere; è invece facile comprendere che la natura e il tipo dei valori difesi da una tale macchina procedurale è irrilevante ai fini dell'efficace funzionamento della stessa, e che quest'ultima non deve poter scegliere o creare i valori da difendere, altrimenti diventa essa stessa fonte incontrollabile di potere.

⁵³ BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, cit., 617 s.

⁵⁴ In questa chiave LUCIANI M. (*Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006) ricostruisce il pensiero del filosofo TH. HOBBS.

⁵⁵ MCILWAIN C.H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 1947; PACE A., *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. Pubbl.*, 3 (2003). Come nota lucidamente il LANE (LANE J.E., *Constitutions and Political Theory*, Manchester U. P., Manchester, 1996, 25) «le idee di base del costituzionalismo sono due: a) la limitazione del potere dello Stato sulla società nella forma del rispetto di un insieme di diritti umani comprendente non solo i diritti civili ma anche quelli politici ed economici; b) l'applicazione della separazione dei poteri all'interno dello Stato» (la citazione è tratta da BAHLUL, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, cit., 620).

Malauguratamente, o forse ineluttabilmente, e specie nella seconda metà del Novecento, si è variamente sviluppata la tendenza ad allargare il campo d'azione e la portata del movimento costituzionalista, con l'effetto di diluire i suoi metodi e principi in personali *weltanschauungen*, sminuendone contemporaneamente, e talora radicalmente, il valore scientifico, e conducendo spesso i suoi adepti, i costituzionalisti, a vere crisi di identità⁵⁶.

Il costituzionalismo, a questo punto, ha sempre più perso la fisionomia di una dottrina scientificamente basata ed è sempre più venuto ad assomigliare a una ideologia, pure molto variopinta.

Infatti, una teoria costituzionale del diritto ha un senso scientificamente definito solo se ha la funzione di descrivere l'influenza di fenomeni "costituzionali" sulla trama fisica del diritto stesso, quando dispiega la sua effettività nei vari settori e nella società nel suo complesso. In questo senso, essa costituisce contemporaneamente un disegno delle norme/base e una teoria dei limiti materiali della volontà e dell'azione degli attori del diritto. Fin qui, abbiamo una nozione analitica e materiale della teoria costituzionale del diritto.

Un diverso approccio che abbia l'obiettivo di influire sul diritto, per l'affermazione di principi ulteriori e differenti da quello della limitazione del potere e suoi derivati, cade nel volontarismo soggettivista. Invece di studiare e spiegare i fenomeni costituzionali queste dottrine vi intervengono direttamente, cercando di guidarli: non c'è nulla di più lontano dalla scienza, quando un aspirante scienziato può e/o vuole influire sul fenomeno che studia. Da qui in poi abbiamo un atteggiamento prescrittivo e ideologico, siamo cioè di fronte a "costituzionalismi" (quasi uno per ogni adepto) che non hanno nulla a che vedere con la teoria del potere limitato, che non solo è «la vera essenza del costituzionalismo»⁵⁷ ma è anche l'unico teorema ragionevolmente valido sul piano storico e scientifico.

Piuttosto che di teoria costituzionale del diritto di fronte all'approccio soggettivista occorre parlare di ideologie del diritto costituzionale. In questa ottica, qualsiasi pretesa di oggettività scientifica è completamente eclissata, perché si prospettano tante pretese costituzionali quante sono le scuole dei costituzionalisti, o peggio, quanti sono i costituzionalisti. Tipico di queste correnti di pensiero è la continua emissione di giudizi di valore sulle scelte giuridiche dei pubblici poteri ma anche dei popoli, tramite la dicotomia "è costituzionale" / "è

⁵⁶ Come nota LUCANI: «raramente, come in questi ultimi dieci - quindici anni, i costituzionalisti sono stati così divisi. Non su singole questioni dei loro studi, come è sempre accaduto e sempre accadrà, ma sullo statuto stesso della disciplina e sull'utilizzazione del concetto di Costituzione» (LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico*, op. cit., 1643).

⁵⁷ PACE A., *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, op. cit., *passim*.

incostituzionale”, che ricorda la dialettica “è rock” / “è lento” di un famoso cantante italiano. In definitiva, questo tipo di approccio è tipico di una dottrina ideologica, non di una teoria scientifica⁵⁸.

§6. Costituzionalismo e democrazia come metodologie procedurali

Per evitare la “trappola” ideologica descritta nel paragrafo precedente, la pretesa di distinguere tra ciò che è costituzionalismo e ciò che non lo è, tra Stati «costituzionali» e Stati «non costituzionali» va presa con le molle e accuratamente delimitata sul piano metodologico. Vi è chi si è sforzato di elaborare una serie di “standard”, di idee-forza, che rappresentano altrettanti criteri di valutazione degli ordinamenti: esistenza di una Costituzione scritta; esistenza di un «potere costituente», distinto e superiore rispetto al «potere costituito»; esistenza di una «dichiarazione dei diritti»; presenza di meccanismi di separazione dei poteri, bilanciamenti e controlli (*checks and balances*); presenza di sistemi per il controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi. Ma anche questa impostazione presenta lacune e carenze, sia teoriche che concrete. Ad esempio, il requisito di una Costituzione formale scritta porterebbe a escludere dall'Olimpo degli Stati «costituzionali» quelli che non ne dispongono, e la Gran Bretagna, in compagnia di Israele, sarebbe fuori dal novero; il criterio potere costituente/costituito connesso o quello del controllo giurisdizionale indipendente sulle leggi butterebbe fuori pure la maggior parte delle forme storiche in cui si è presentato lo Stato liberale di diritto, compreso quello italiano.

È necessario quindi restringere i parametri, tornare alla concezione originaria, e definire il costituzionalismo come teoria e prassi della *limitazione del potere mediante strumenti procedurali di controllo e bilanciamento*, al fine di garantire l'integrità e la conservazione di principi di nucleo dichiarati dalla Costituzione e dei diritti che da questa derivano ai destinatari dell'ordinamento giuridico.

La valutazione dei sistemi politici e degli Stati dal punto di vista del costituzionalismo, per essere scientificamente valida, deve tener conto soltanto del grado di attuazione dei suddetti strumenti, indipendentemente dal contenuto dei valori che essi sono diretti a garantire. Solo con un

⁵⁸ Ad esempio, di fronte alle difficoltà di attuazione dei diritti sociali, il costituzionalismo ideologico può esprimere un range di soluzioni. Alcuni sosterranno con argomenti “costituzionali” la richiesta imperativa di diritti sociali a tutti i costi, come conseguenza di una idea “alta” di costituzionalismo “sociale”; altri invece sosterranno che i diritti sociali costituiscono al contrario un attacco ai principi del costituzionalismo in quanto, piuttosto che cercare i limiti al potere politico, ne aumentano campo di azione e discrezionalità (PACE A., *Le sfide...*, op. cit.; MCILWAIN C. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, op. cit., 137).

approccio di questo tipo si evita la ‘trappola’ ideologica del costituzionalismo valutativo. Applicheremo questo metodo al diritto costituzionale islamico, allo scopo di conoscere se sia configurabile un costituzionalismo islamico e se vi siano, e quali siano, differenze o divergenze con il “nostro” costituzionalismo.

Tuttavia, sono necessarie alcune precisazioni. In primo luogo, noi useremo il costituzionalismo come parametro, ma nella sua concezione tecnica (teoria procedurale della limitazione del potere), non in quella etico-ideologica (affermaazione di certi valori piuttosto che di altri). Il costituzionalismo è qui inteso nella sua accezione pura e scientificamente oggettiva di strumento organizzativo dei pubblici poteri per la difesa di valori, ma non implica anche una definizione di tali valori. Questo significa che se in un regime politico il potere è effettivamente limitato, in quel regime il costituzionalismo si è materializzato, indipendentemente dai valori fondanti il regime medesimo; quando in uno Stato esistono solidi sistemi di bilanciamento e controllo dei poteri costituiti, il costituzionalismo è realizzato anche se ad esempio la legge concede il diritto di voto solo a categorie determinate (come in varie manifestazioni dello Stato liberale nell’ottocento e anche nel novecento), o se limita l’eguaglianza della donna rispetto all’uomo all’interno della famiglia (come nell’Italia del secondo dopoguerra e in vigenza della Costituzione repubblicana).

In secondo luogo, è evidente che la nozione scientifica di costituzionalismo non comprende anche la nozione scientifica di democrazia⁵⁹, la quale, senza aprire in questa sede un esame approfondito, ha anch’essa carattere strettamente procedurale, come metodo decisionale fondato sul principio di maggioranza e su garanzie di tutela della minoranza⁶⁰. Uno sviluppo razionale di questa definizione applicata ai sistemi giuridici implica: 1) che la maggioranza non sia precostituita, vale a

⁵⁹ Si tratta non solo di concetti separati ma anche potenzialmente conflittuali: «Anche se tutte le democrazie occidentali contemporanee sono democrazie costituzionali, “costituzionalismo” e “democrazia” rimangono concetti teoricamente e storicamente distinti. Mentre il primo termine si riferisce all’ideale di un governo limitato, al modello di un potere pubblico vincolato da regole (Stato di diritto, diritti fondamentali) e ripartito fra più soggetti (separazione dei poteri), il secondo termine, almeno a partire dalla Rivoluzione Francese, ha a lungo evocato lo spettro di un potere di autogoverno illimitato: un potere che non incontra limiti ulteriori rispetto a quelli decisi di volta in volta dal popolo sovrano e da esso liberamente revocabili. Il conflitto fra costituzionalismo e democrazia può essere acuito adottando un concetto sostanziale di democrazia: democrazia come libertà dal dominio, autodeterminazione del corpo sociale, potere costituente del popolo, partecipazione diretta nella volontà generale, ecc.» (il passo è tratto da un programma di ricerca di interesse nazionale dal titolo “*Cultura giuridica, democrazia, e costituzionalismo in Europa*”, finanziato dal Governo italiano, il cui coordinatore nazionale è RICCARDO GUASTINI, reperibile su: www.ricercaitaliana.it/prin).

⁶⁰ Secondo una impostazione risalente e diffusa la democrazia è un metodo, ed è neutrale rispetto ai valori che essa consente di attivare tramite il processo decisionale (SCHUMPETER J.A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Allen & Unwin, London, 1954, 240 ss).

dire che ciascun soggetto che concorre a partecipare alla decisione abbia piena autonomia nel momento della decisione, cioè, sotto un altro aspetto, che la maggioranza si formi *liberamente*, e dunque non vi siano poteri occulti e burattinai che manovrano la formazione dei consensi; 2) che *qualsiasi* maggioranza possa astrattamente formarsi, senza alcuna limitazione ideologica o politica; in altre parole, il principio democratico implica il *pluralismo*; 3) che i diritti delle minoranze non siano tali da influenzare in modo determinante il risultato della decisione; 4) che esistano strutture, procedure, organismi *non influenzabili* da parte della maggioranza, cioè *indipendenti* da questa, e *indipendenti anche dalla minoranza*, finalizzati a garantire non i diritti della minoranza concreta, ma i diritti della minoranza astratta, cioè di tutte le minoranze, e dunque anche quelli di gruppi che in un dato momento storico fanno parte della maggioranza⁶¹.

In terzo luogo, come si nota, l'unico anello di congiunzione tra democrazia e costituzionalismo è quello descritto nel punto 4), in quanto appunto le strutture di garanzia sono sostanzialmente sistemi di controllo e limitazione del potere. Sotto questo profilo, il costituzionalismo costituisce un limite per la democrazia e specificamente per l'estensione sia del principio di maggioranza che della tutela della minoranza: «Il costituzionalismo, quale tecnica di limitazione del potere, non potrà allora che essere una tecnica di limitazione della democrazia. Il contrasto può poi essere stemperato o eliminato del tutto adottando un concetto formale o procedurale di democrazia: democrazia come insieme di regole che consentono la partecipazione dei cittadini al processo decisionale pubblico. In questa prospettiva, i rapporti fra costituzionalismo e governo democratico possono darsi non già nei termini di tensione, ma di necessaria implicazione: l'esistenza di regole e procedure stabilmente sottratte alla lotta politica (suffragio universale e diretto e principio maggioritario, ma anche protezione dei diritti fondamentali, divisione dei poteri, ecc.) sembra qui il presupposto affinché il processo democratico non distrugga le condizioni del proprio svolgimento. Nell'oscillazione fra queste due concezioni della democrazia - schematicamente, democrazia come "regole del gioco" politico e democrazia come "posta in gioco della politica" - si svolge gran parte dell'odierno dibattito sul deficit democratico dell'Unione europea»⁶².

⁶¹ Si noti che le decisioni di tali organismi debbono essere necessariamente indipendenti dal principio democratico, cioè dalla volontà della maggioranza, altrimenti non saremmo di fronte a un controllo e una garanzia effettivi, ma non possono esse stesse restare senza controllo, altrimenti il vero "principe" risiederebbe nei palazzi delle autorità di garanzia, delle Corti, delle Banche centrali, delle autorità "indipendenti". Sulle difficoltà teoriche e pratiche poste da questo ordine di questioni e sulle soluzioni comparate cfr. DI PLINIO G., *The common core of deregulation*, op. cit., in part. Cap. II, e ivi citazioni).

⁶² Cfr. *Cultura giuridica, democrazia, e costituzionalismo in Europa*, op. cit. Per inciso, studi accurati hanno dimostrato che sul piano teorico le costituzioni e i sistemi giuridici fondati sulla *Shari'a* non

In quarto luogo, è esclusa dalla nozione di costituzionalismo classico tutta la problematica del numero, della qualità e dei contenuti dei “diritti” (libertà fondamentali, diritti sociali, diritti umani, etc.), non perché il costituzionalismo non c’entri nulla con i diritti (infatti esso specificamente promuove e realizza sistemi di garanzia e controllo sul potere al fine di tutelare diritti), ma solo perché non è compito del costituzionalismo, ma dell’ordinamento giuridico definire e dettagliare la configurazione e il contenuto dei diritti, in una determinata società e in un determinato periodo storico. Sotto i profili indicati, un costituzionalismo senza democrazia e senza diritti non ha alcun senso scientifico, perché sarebbe un metodo, una procedura, uno strumento senza oggetto, così come, tuttavia, un costituzionalismo che volesse disegnare e imporre i diritti, o condizionare le scelte della maggioranza in un sistema democratico, al di fuori e oltre, appunto, il limite circoscritto della sua funzione di garanzia, sarebbe privo di validità scientifica perché diverrebbe l’assolutizzazione integralista delle *weltanschauungen* dei costituzionalisti.

In quinto luogo, potrebbe sembrare banale ma è necessario richiamare l’affermazione che costituzionalismo e democrazia non esistono in tutti quei regimi politici in cui il principio del controllo del potere e il principio della maggioranza nel processo decisionale non possono funzionare, come in tutte le forme di Stato autoritario e nelle dittature. Tuttavia, queste evenienze sono indipendenti dal fondamento religioso della Costituzione, essendosi storicamente verificate sia in ordinamenti fondati sulla religione, sia in ordinamenti statali laici, sia in ordinamenti che includono principi repressivi di ogni forma di religione. In altre parole, i concetti di costituzionalismo e democrazia non implicano nel modo più assoluto il principio di laicità dello Stato.

§7. Passato e futuro del costituzionalismo islamico

Secondo alcuni, il costituzionalismo islamico prese vita attraverso l’influenza del costituzionalismo euroamericano sugli scritti di un’élite di “burocrati” modernisti islamici, nella seconda metà del diciannovesimo secolo, tra cui in particolare KHAYR AL-DIN PASHA in Tunisia e NAMIK KEMAL in Turchia, che collaborarono rispettivamente alla scrittura della Costituzione tunisina del 1861 e di quella ottomana del 1876, e il diplomatico iraniano YUSOF KHAN MOSTASHAR AL-DAWLA, il quale, in un pamphlet del 1871 (*Yak salama* = “una parola”), difese il concetto che un

solo non impediscono in alcun modo l’adozione di democrazia e pluralismo politico quali metodi di decisione pubblica, ma, come vedremo meglio in seguito, hanno autonomamente sviluppato un proprio costituzionalismo.

modello di Stato basato su Costituzione e rappresentanza popolare esprimeva appieno lo spirito dell'Islam⁶³.

In realtà, come già abbiamo avuto occasione di rilevare, strutture culturali e realizzazioni effettive straordinariamente simili alle scansioni teoriche del costituzionalismo come definito sopra, sono ben più risalenti⁶⁴, e, come mostrano studi recenti, non solo di autori di scuola islamica, possono trovare fondamento proprio nella tipicità storica del diritto islamico, cioè nel suo fondamento sulla *Shari'a*, e sulla nozione di *sovranità divina* (“*al-hakimiyatu li-Allah*”) interpretata nel senso che la “teocrazia” islamica delle origini non coincide con la concezione occidentale di Stato governato dal clero, ma letteralmente significa quello che dice, cioè che il governo della società appartiene direttamente a Dio⁶⁵. Partendo da questo, alcuni fanno rilevare che ovviamente Dio non si occupa direttamente della gestione del potere concreto, né la delega alla Chiesa (che nell'Islam non esiste), ma a tutto il suo popolo che la esercita tramite “pubblici poteri” illimitati, ma precisamente vincolati dalla legge divina⁶⁶. Un ragionamento analogo, abbiamo visto in precedenza, può dare fondamento a una teoria islamica del principio di legalità e della certezza del diritto, ma può anche fondare una teoria islamica del potere limitato, cioè un costituzionalismo islamico⁶⁷.

Un tale risultato può derivarsi da entrambe le versioni storiche della interpretazione della *Shari'a*, quella della scuola *ash'arita* (che sostiene l'obbligo di interpretazione letterale e conservatrice) e quella della scuola

⁶³ ARJOMAND S. A., *Islamic Constitutionalism*, in *Ann. Rev. L. Soc. Sc.* 3 (2007), 115 ss.

⁶⁴ «Temi come il governo secondo la legge, il diritto dei popoli di opporsi ai governi ingiusti, le libertà che ai governanti non è permesso violare e altri simili temi sono presenti nel pensiero politico arabo-islamico fin dagli inizi» (BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, op. cit., 617).

⁶⁵ LEWIS B., *Islam and Liberal Democracy*, in *Atlantic Monthly*, 2 (1993), 89 ss.; la tesi è sostenuta con intenzioni affatto differenti da quelle sviluppate nel testo.

⁶⁶ GHANNOUCHI R., *Muqarabat fi al-Ilmaniyya wa al-Mujatama' al-Madani* [Concezioni della laicità e società civile], *al-Markaz al-Magharibi lil-buhuth wa al-tarjamah*, London 1999, 155, citato da BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, cit. 621.

⁶⁷ BAHLUL R., op. cit. ved. *supra*, che richiama i lavori BISHARAH A., *Madkhal li-Mu'alajat al-Demokratiyya wa-Anmat at-Tadayyun* [= “La democrazia e le forme della religiosità”], in GHALYUN B. et Alii (cur.), *Hawla al-Khiyar al-Demograti* [= “L'alternativa democratica”], Muwatin, Ramalla, 1993, 83; AL-BISHRI T., *Al-Wad'u al-Qanuni baina al-Shari'a al-Islamiyya wa al-Qanun al-Wad'i* [= “La situazione giuridica in rapporto alla *Shari'a* islamica e al diritto positivo”], Dar al-Shuruq, Cairo, 1996, 121; AYUBI N., *Political Islam: Religion and Politics in the Arab World*, Routledge, London 1991, 218. Particolarmente interessante è il concetto espresso dal laico AMZI BISHARAH: «quando la coscienza sociale prende una forma religiosa, è possibile che le richieste di applicazione della *Shari'a* esprimano una tendenza democratica o (almeno) un'opposizione al dispotismo, per il solo fatto che il governo della *Shari'a* implica delle restrizioni all'esercizio del potere politico oltre e al di sopra della semplice volontà dei governanti».

mu'tazilita (che utilizza metodologie più liberali e razionali)⁶⁸, che, rispetto al tema di cui stiamo trattando, esprimono differenze anche notevoli ma marginali, mentre convergono sostanzialmente su caratteri che costituiscono il “DNA” del costituzionalismo: governo della legge, potere limitato, controlli sui governanti.

Va a questo punto rilevato che quello che abbiamo accertato finora che è possibile costruire una teoria islamica del costituzionalismo, che appunto sul piano teorico, è tutt'altro che lontana dal modello occidentale.

Il problema è che la dottrina funziona male in pratica. A differenza delle costituzioni occidentali, che nei vari cicli e circolazione dei modelli hanno sempre più affinato i congegni e le procedure di *checks and balances* e gli strumenti di limitazione del potere, la Costituzione islamica non contiene tutte queste strumentazioni, e d'altra parte è proprio ovvio che non possa contenerle, almeno nelle interpretazioni più tradizionali⁶⁹.

A smussare questa carenza, come si è avuto già modo di rilevare, hanno contribuito nell'ottocento e nel novecento i nuovi cicli costituzionali e la circolazione dei modelli, talora scelti, ma anche l'opera accurata della più moderna e sensibile dottrina di derivazione islamica, come ad esempio MAWDUDI, che estrapola da una “Costituzione islamica” non scritta una teoria del controllo del Parlamento sul Governo⁷⁰, o GHANNOUCHI⁷¹ e TURABI⁷², che introducono una dottrina dei *limiti del potere legislativo* fondata sulla *Shari'a*, con una operazione che costituisce una pratica applicazione delle regole procedurali del costituzionalismo per limitare le deviazioni e gli eccessi della democrazia.

⁶⁸ Una discussione approfondita in BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, op. cit., 623 ss.

⁶⁹ «(...) la *Shari'a* (così come è stata intesa e praticata fino a tempi molto recenti) non offre una dottrina della separazione dei poteri. Ciò non dovrebbe sorprendere perché la dottrina (occidentale) della separazione dei poteri è essa stessa di origine recente; inoltre, e in primo luogo, la *Shari'a* islamica tradizionale non conosceva poteri specifici all'interno dello Stato che potessero venire separati l'uno dall'altro»; in sostanza, la tradizione giuridica islamica non affronta «il problema di chi stabilisce, e con quale procedura, se il governante sia divenuto illegittimo per mancanza di giustizia o per altro motivo. Secondo BERNARD LEWIS questa è “la domanda cruciale che un costituzionalista moderno si porrebbe”. L'osservazione di LEWIS richiama l'attenzione sul tipo di Costituzione, ammesso che ci sia, che un regime fondato sulla *Shari'a* può avere. Negli ultimi decenni i pensatori islamici hanno iniziato a discutere questo tema dopo avere imparato la lezione che uno Stato islamico moderno, come gli altri Stati moderni, deve avere poteri diversi (separati): l'esecutivo, il legislativo e il giudiziario, oltre che diversi tipi di leggi (costituzionali, penali, amministrative, pubbliche ecc.)» (BAHLUL R., op. cit., ved. *supra*).

⁷⁰ MAWDUDI A. A., *Tadwin al-Dustoor al-Islami*, op. cit., 25.

⁷¹ GHANNOUCHI R., *al-Hurriyat al-'Ammah fi al-Dawlah al-Islamiyya* [= “Le libertà pubbliche nello Stato islamico”], Markaz Dirasat al-Wihdah al-Arabiyyah, Beirut, 1993, 119 (la citazione, come quella precedente e quella successiva, è tratta da BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, cit.).

⁷² TURABI H., *Qadaya al-Hurriyyah wa al-Wihdah wa al-Shura wa al-Dimoqratiyyah*, cit., 63 ss.

Ma chi controlla il potere legislativo? In molti Stati di derivazione islamica, come avviene nelle democrazie occidentali il cuore del modello è rappresentato dalla presenza di strutture e procedure alle quali sia affidato il controllo di costituzionalità sulla legge. Si tratta, in particolare nel mondo islamico⁷³ ma non solo, di una questione cruciale ed estremamente delicata, perché, se il potere di queste strutture è a sua volta incontrollato, viene minacciata l'esistenza stessa di costituzionalismo e democrazia.

Un caso emblematico è quello iraniano, in cui la conformità delle leggi (ma anche di tutti gli altri atti pubblici a carattere generale) ai “principi islamici” spetta al *Consiglio dei Guardiani*, e l'*Assemblea consultiva islamica* non può approvare leggi contrarie ai fondamenti (*usul*) e ai giudizi (*abkam*) della religione ufficiale del paese, o alla Costituzione. Ma mentre «la conformità della legislazione approvata dall'Assemblea consultiva islamica alle leggi dell'Islam è accertata dalla maggioranza dei *fugaha'* (membri clericali) del *Consiglio dei Guardiani*, la conformità alla Costituzione è accertata dalla maggioranza dei membri del *Consiglio dei Guardiani*⁷⁴.

I *fugaha'* sono obbligatoriamente *faqih* (giuristi islamici, in sostanza pre-ti-scienziati), rivestono un ruolo determinante, e sono nominati direttamente (e probabilmente revocabili) dalla *Guida Suprema*⁷⁵. Gli altri sei membri (i “giuristi” debbono essere musulmani, laureati e specializzati in giurisprudenza) condividono con i primi il compito di verificare la conformità degli atti normativi alla Costituzione e sono nominati con un procedimento coordinato di competenza formalmente congiunta tra magistratura e Parlamento⁷⁶, ma l'atto di nomina spetta al Capo del potere giudiziario, il quale, a sua volta, è direttamente nominato dalla *Guida Suprema*, la quale, in conclusione, è il gestore unico della *consolle* di comando.

Di fronte alle giustificate critiche in dottrina⁷⁷, non sembra concettualmente fondata, né in fondo necessaria, la risposta che «a questo punto i costituzionalisti islamici si trovano di fronte a problemi che, in tutta

⁷³ Cfr. BAHUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, cit., 637.

⁷⁴ C.d. artt. 4, 76, 92 della Costituzione iraniana.

⁷⁵ KHOMEINI R., *Il governo Islamico*, Roma, Centro Culturale Islamico Europeo, 1983; M. Kadivar, *Nazariebaie Dolat dar Fiqhe Shiie* [= “Le teorie dello stato nel Figh Shi'ita”], Teheran, Ney, 2001.

⁷⁶ Nella prima fase, il Capo del potere giudiziario propone al Parlamento una serie di giuristi da lui ritenuti qualificati, dopodiché, nella seconda fase, spetta al Parlamento eleggere sei giuristi fra le persone indicate dal Capo del potere giudiziario. In altri termini, il Parlamento ha il potere di scegliere soltanto fra i candidati già selezionati dal potere giudiziario; cfr. OMEIDE ZANJANI A. A., *Hogbughe Asasi va mabanie Ghanune Asasie Gomburie Eslamie Iran* [= “Diritto costituzionale e i fondamenti della Costituzione della Repubblica Islamica dell'Iran”], Amir Kabir, Teheran, 1999, 399).

⁷⁷ Ved. ad esempio: MAYER A.E., *Islam and Human Rights. Tradition and Politics*, Westview, Boulder (CO), 1991, 37 ss.

onestà, non si possono ritenere radicalmente diversi da quelli discussi dai pensatori occidentali contemporanei. Se infatti i pensatori islamici dovessero assoggettare completamente la Corte suprema o il ‘consiglio dei guardiani’ (o qualunque altro organo investito del compito di decidere le questioni costituzionali) alla volontà del legislativo, ciò farebbe pendere la bilancia dalla parte di quest’ultimo con tutti i timori conseguenti nei confronti di un oppressivo, oscurantista, ostinato governo della maggioranza. Se però viceversa il ‘consiglio dei guardiani’ divenisse completamente indipendente dalla volontà popolare, la democrazia non verrebbe con ciò a perdere il suo significato proprio, che è ‘governo da parte del popolo’?»⁷⁸.

E allora? lasciamo tutto il potere costituzionale in mano, in fondo, a una persona sola, o, che è lo stesso, a una élite?

È ingenuo presentare, come fa MAWDUDI⁷⁹, la ricetta che affida le posizioni di comando ai “migliori” e ai più saggi. L’attribuzione della soluzione di conflitti interorganici a una Corte indipendente è sperimentalmente molto più efficace del ricorso al plebiscito, da lui auspicato⁸⁰, in caso di contrasto insanabile tra Parlamento e Governo.

D’altra parte, come dicevo, si tratta di una risposta non necessaria, perché basterebbe in fondo far osservare che la *Guida Suprema (rahbar-e mo'azem*, e anche *wali-e fiqiyye*: “tutore giuridico”) è sostanzialmente un dittatore, anche se in un contesto del tutto particolare, che utilizza la religione islamica, deliberatamente o in perfetta buona fede, in funzione di copertura. Qui siamo fuori del costituzionalismo e della democrazia non per colpa della *Shari'a*, ma semplicemente per la forma di governo sostanzialmente autocratica. E si noti che, da un lato, in molti altri Stati islamici concentrazioni di potere di questo tipo non esistono e i poteri sono più correttamente divisi e bilanciati⁸¹, e, dall’altro lato, richiamando concetti analoghi espressi in precedenza, la dittatura e l’autocrazia sono esistiti e in qualche caso esistono ancora, anche senza copertura religiosa, o anche apertamente contro ogni religione.

È comunque vero che il problema del bilanciamento in pratica è drammaticamente reale e vitale per il costituzionalismo e per tutte le costituzioni ma non ancora definitivamente risolto in nessuna di esse. Il costituzionalismo è una teoria scientifica, ed è anche un movimento politico e culturale per l’affermazione di quella teoria, che non si è avuta in modo omogeneo in tutti gli Stati; ciò non dipende dal fondamento, religioso o meno, della loro Costituzione o del loro costituzionalismo, ma da diverse,

⁷⁸ BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, op. cit., 638.

⁷⁹ MAWDUDI A. A., *Tadwin al-Dustoor al-Islami*, op. cit., 35.

⁸⁰ *Ibid.*, 38 s.

⁸¹ Ved. ad esempio la storica sentenza della Corte costituzionale egiziana, richiamata sopra, nt. 50.

profonde e articolate ragioni che coinvolgono anche i sistemi giuridici occidentali e che non possono essere approfondite in questa sede.

§8. Il nodo dei diritti e i colori della luce

Costituzionalismo e democrazia, nelle loro più scientificamente fondate concezioni procedurali, sono dunque compatibili con qualsiasi Costituzione fondata sulla *Shari'a*, in un triplice senso, sia perché non ne danneggiano in alcun modo il nucleo, sia perché, viceversa, la loro struttura concettuale e operativa non risulta danneggiata da nessun principio sciaraitico, sia perché, nelle interpretazioni dei costituzionalisti islamici moderni, la stessa *Shari'a* ne contiene i principi e ne promuove l'applicazione⁸². Ciò non significa che in tutti gli Stati islamici costituzionalismo e democrazia hanno trovato una compiuta attuazione, anche se specie in dottrina non può non notarsi una rapida progressione verso il perfezionamento e la pratica applicazione dei modelli, anche a misura che le “costituzioni economiche islamiche” si vanno conformando sempre più velocemente sul modello globale e postinterventista⁸³. D'altra parte, tale compiuta attuazione non si riscontra in modo omogeneo neppure negli ordinamenti non fondati sulla *Shari'a* né su altre religioni, e neppure in tutti gli Stati occidentali a democrazia liberale matura⁸⁴.

Ma se costituzionalismo e democrazia, con le specificazioni ampiamente sviluppate in precedenza, possono convivere e convivono con i sistemi giuridici fondati sulla *Shari'a*, si può dire altrettanto sul rapporto tra *Shari'a*, Stati islamici e diritti “umani” e libertà fondamentali?

Anche se i diritti umani sono stati definiti una specie di “esperanto” dell'umanità, non esistono nozioni giuridiche generali, perché, a differenza di costituzionalismo e democrazia, il problema scientifico dei diritti non sono le procedure, ma il loro contenuto, che è un affare dei popoli e degli Stati e delle loro costituzioni nazionali, almeno fino a quando non sarà compiuto il processo di creazione di una Costituzione globale multilivello.

⁸² LEWIS B., *Islam and Liberal Democracy*, op. cit.; ved. anche i vari contributi in GUAZZONE L., BICCHI F., PIOPPI D., (cur.), *La Questione della Democrazia nel Mondo Arabo*, Polimetrica, Monza, 2004.

⁸³ Ved. per maggiori dettagli gli argomenti svolti *supra sub* §4 del presente scritto.

⁸⁴ La documentazione su questo punto è sterminata. È sufficiente viaggiare sui principali siti internet dei costituzionalisti italiani (ad esempio: www.associazionedeicostituzionalisti.it; www.constituzionalismo.it) e non solo, per trarne le prove dalla maggior parte degli articoli e dei commenti negativi sulle strutture di governo e sulle violazioni di diritti e libertà fondamentali (a solo titolo di esempio, si legga il contributo di LORENZA CARLASSARE, intitolato *La Costituzione, la libertà, la vita*, contro la legislazione in itinere sul così detto testamento biologico [in: www.associazionedeicostituzionalisti.it]).

Questo vuol dire che il costituzionalismo e democrazia, come sistemi di protezione dei diritti, possono essere presenti in Stati che hanno differenti concezioni di ciò che significa “diritti”, della loro varietà, del loro numero e del loro contenuto.

I diritti, nel mondo islamico, sono fondati sulla e conformati dalla *Shari'a*, che ne determina, in astratto e col suo linguaggio, i tipi, l'estensione e i contenuti. Va anche detto che «l'Islam non significa la stessa cosa per tutti coloro che lo professano o lo praticano. Ciò è vero sotto molti aspetti, ma in particolare il tema dei diritti spicca come un ambito tematico entro il quale sono possibili interpretazioni della fede drasticamente diverse»⁸⁵.

Una delle più usuali argomentazioni dei difensori del costituzionalismo islamico consiste nel sostenere che l'Islam offrirebbe una altrettanto valida alternativa alla concezione dei diritti fondata sulla *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani* delle Nazioni Unite del 1948, vale a dire la *Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam*, del 1990, alla quale, in verità, andrebbero affiancate altre, non sempre dello stesso tenore, come la *Carta araba dei diritti dell'uomo* del 1994. Questi documenti, tra l'altro privi di effettivo valore giuridico, sono severamente giudicati dalla prevalente dottrina occidentale⁸⁶, ma anche da studiosi di derivazione islamica⁸⁷, che ne comprendono i limiti e suggeriscono vie alternative. Come sostiene efficacemente RAJA BAHLUL, «movendosi sul terreno dell'Islamismo un democratico islamico può seguire la via indicata da AN-NA'IM, accettare cioè tutte le dichiarazioni internazionali che hanno a che

⁸⁵ BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, op. cit., 629. Qui è significativa la conoscenza dei trend dottrinali: «per il pensatore di orientamento *ash'arita* “il diritto” significa semplicemente (o dovrebbe significare) il diritto della *Shari'a*. Perciò quando accoglie con favore la nozione apparentemente moderna di “uguaglianza davanti alla legge”, di fatto accoglie con favore la nozione non altrettanto moderna di “uguaglianza davanti alla *Shari'a*” (...) tutti i musulmani devono essere trattati ugualmente sotto la *Shari'a* e che tutti i non musulmani devono anch'essi essere trattati ugualmente sotto la *Shari'a*, ma ciò non significa che musulmani e non musulmani devono essere trattati nello stesso modo o che devono godere degli stessi diritti in base alla legge» (*ibid.*). Analogamente, eguaglianza dei sessi di fronte alla *Shari'a* significa che tutte le donne vanno trattate allo stesso modo e tutti gli uomini vanno trattati allo stesso modo, ma non che donne e uomini possano essere giuridicamente uguali. All'opposto, esistono da tempo anche nei paesi islamici più integralisti, differenti tendenze culturali, che ricordano le posizioni razionaliste del *mu'tazilismo*, e che spingono per cambiamenti e convergenze, verso un “linguaggio comune” dell'eguaglianza e dei diritti (una panoramica in ANSELMO D., *Shari'a e diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2007).

⁸⁶ Ved. sopra tutto i numerosi lavori di ANN MAYER, tra i quali vanno ricordati: *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*, Westview, Boulder (CO), 1999; *The respective roles of human rights and Islam: an unresolved conundrum for Middle Eastern constitutions*, in ARJOMAND S.A. (cur.), *Constitutional Politics in the Middle East (with Special Reference to Turkey, Iraq, Iran and Afghanistan)*, Hart, London, 2007, 33 ss.

⁸⁷ AN-NA'IM A. A., *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse University Press, Syracuse, 1990, che tuttavia per affermare alcuni diritti è costretto a sostenere la necessità di una nuova *Shari'a*.

fare con i diritti dell'uomo» insistendo «su concezioni dei diritti culturalmente più specifiche, rifiutando la laicità in nome di argomenti filosofici indipendenti». Tuttavia, per «(alcuni) pensatori islamici, il laicismo (e altri valori “moderni” a esso associati, come il razionalismo, l'utilitarismo, la fede nella scienza ecc.) è una filosofia, una delle tante fra le quali scegliere; una filosofia secondo la quale la religione non è un buon “modo” (non è il modo “giusto”) di ordinare la società. L'Islam è un altro tipo di filosofia. Ognuna ha la sua visione della vita umana, dei diritti e dei doveri. Se i diritti e i doveri (almeno in una certa misura) sono socialmente e culturalmente specifici, se non possediamo argomenti accettati universalmente in favore dei diritti e degli strumenti di tutela spettanti agli esseri umani: se è così, allora sta alla ragione pensare che il costituzionalismo è (o può essere) realizzato diversamente in società differenti, *a seconda della concezione dei diritti e dei doveri volta a volta condivisa*. Tutto ciò potrebbe forse aprire la strada a un certo tipo di costituzionalismo - chiamiamolo *costituzionalismo islamico* - che per alcuni aspetti è diverso e per altri è simile al costituzionalismo occidentale?»⁸⁸. BAHUL però incorre in un errore “da eccesso”, perché mentre relativizza i diritti (il loro contenuto), relativizza anche il costituzionalismo. Non ve n'è bisogno, perché, come abbiamo visto, questo è compatibile con i (ed effettivamente e variamente presente nei) sistemi costituzionali sciaraitici.

Quello che qui comunque rileva è che la suesposta argomentazione possiede, semplificando, questo senso: anche “noi” abbiamo un sistema di diritti fondamentali; se i vostri diritti sono diversi, non sono necessariamente migliori, né peggiori, dei nostri.

È accettabile, nel senso di scientificamente fondata, un'argomentazione del genere?

Anche se il discorso si stempera nella considerazione della varietà delle forme e delle modalità con cui i diritti enunciati vengono effettivamente applicati nell'uno e nell'altro sistema, sia nella vivacità del contrasto dottrinale, tra il modello occidentale e il modello islamico esistono alcune divergenze talora drammaticamente radicali e apparentemente tuttora insanabili. È più che noto, e ampiamente discusso, che le principali attengono alla eguaglianza rispetto al sesso, all'eguaglianza rispetto alla religione, alla libertà di manifestazione del pensiero, compresa la libertà religiosa.

È vero che in ordine a questi aspetti, entrambi i sistemi di diritti fondamentali, occidentale e islamico, e in qualsiasi versione giuridica

⁸⁸ BAHUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, cit., 641 s.; il corsivo è mio.

nazionale si presentino, sono giuridicamente, e scientificamente, fondati⁸⁹, anche se ciascuno di essi talora guarda con stupore o raccapriccio a ciò che avviene nell'altro. La loro comparazione, e ancor di più la loro valutazione (scientificamente fondata) è impossibile, finché manca un parametro esterno, un *tertium comparationis*, che abbia a sua volta un fondamento giuridico valido per entrambi i sistemi, valido nel senso di essere capace di imporsi effettivamente a entrambi.

L'anello mancante è la sovranazionalità, vale a dire una Costituzione mondiale dei diritti, che ne stabilisca gli "standard minimi", e una rete globale di Corti indipendenti, che li faccia rispettare. E che poi lasci alle singole culture locali la prerogativa gelosamente custodita di sviluppare la propria specificità, proteggere il proprio "mos", autodeterminare in forma condivisa la propria visione dell'individuo e delle sue proprietà.

L'anello mancante è nato e da tempo le sue estremità si stanno muovendo l'una verso l'altra, ma ancora non si chiudono, e non è detto, né è auspicabile, che quando ciò avverrà, esso sarà soltanto lo specchio di tutti i valori occidentali che hanno a che fare con i diritti.

Tutti i futuri sono possibili, ma un solo colore non sarà mai sufficiente per avere una buona luce.

G. DI PLINIO

⁸⁹ Questa conclusione mi sembra ancora efficacemente suffragata, malgrado i numerosi tentativi critici, dall'impostazione pragmatista (o se si vuole relativista, o anti-fondazionista) in particolare RORTY R., di cui ved. specialmente *Human Rights, Rationality and Sentimentality*, in SHUTE S. & HURLEY S. (eds.), *On Human Rights*, Oxford Amnesty Lectures, Basic Books, New York, 1993, 117 ss. (e in RORTY R., *Truth and Progress*, Cambridge U.P., Cambridge, 1994, 170 ss.).