

Il diritto islamico: legge di Dio o dell'uomo?

di Carla D'Amato – Cultore di diritto pubblico generale presso la Sapienza Università di Roma

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il diritto islamico e le fonti principali: le “*usul al fiqh*” – 3. Il ruolo della legge islamica negli ordinamenti moderni – 4. La Costituzione tunisina tra luci ed ombre

1. Introduzione

La percezione che in Occidente si ha del diritto islamico è spesso colma di luoghi comuni; la distinzione tra Oriente ed Occidente ha contribuito a mantenere questi due mondi separati, non comunicanti e non comparabili tra loro.

E' facile rinvenire il fondamento geografico come motivo della distinzione, in quanto gran parte delle terre in cui vivono i fedeli dell'Islam si trovano, in effetti, ad Oriente del Mediterraneo, il quale, secondo la cultura europea è da considerarsi l'epicentro della cultura globale. Il corollario di tale impostazione è l'asserzione sul diverso grado di vivacità e di dinamismo socio - culturale tra mondo islamico ed europeo che ha delineato, secondo l'immaginario collettivo, diversi livelli di civiltà. Ed invero, le presunzioni circa la superiorità della cultura europea occidentale rispetto alle altre culture, hanno generato una vera e propria “questione di civiltà”, in particolare nei confronti del sistema Islam e della cultura islamica.

Spesso si fa riferimento alla dicotomia “Islam-Occidente” o “diritto islamico-diritto occidentale” al fine di marcare la profonda diversità esistente tra i due sistemi, intesi come in un rapporto di antitesi quasi insuperabile.

Il “mondo” islamico è, spesso, definito unicamente in base alla sua appartenenza ad una fede religiosa, descrizione però riduttiva che non permette di cogliere le diversità che lo caratterizzano, sia sotto il versante giuridico che politico e sociale.

In particolare, la dipendenza di ogni aspetto dell’esistenza dal dettato religioso, costituirebbe un ostacolo ad ogni tentativo di evoluzione culturale e giuridica della società musulmana.

Per rilevare la criticità di queste affermazioni e del pensiero comune sul tema, è necessario partire da un’analisi del diritto islamico e delle sue fonti per giungere ad una comparazione giuridica delle dinamiche di evoluzione del diritto musulmano e dei sistemi di diritto nazionale islamico, evidenziando la presenza di risposte alle esigenze di modernità e di globalizzazione richieste agli ordinamenti giuridici contemporanei.

2. *Il diritto islamico e le fonti principali: le “usul al fiqh”*

Renè David¹ definisce l’Islam quale la “*religione della legge*”, ed in questo senso, il sistema di diritto musulmano rappresenta, insieme agli ordinamenti giuridici di *common law* e di *civil law*, una delle tre grandi modalità in cui si organizzano i sistemi giuridici contemporanei.

Il sistema giuridico musulmano classico presenta, invero, caratteri profondamente diversi rispetto al diritto sviluppato nell’area occidentale. La sua peculiarità fondante risiede in un ordine giuridico, sociale e politico che coincide con la *shari’a*², letteralmente “strada battuta” la via indicata da Dio, e che i credenti sono chiamati a seguire.

L’ordinamento che ne deriva si costituisce, così, dall’insieme dei precetti dettati da Dio e dalle istituzioni che ne sono derivate, tanto da essere definito “un diritto rivelato”, che diventa il punto di partenza per comprendere le specificità della cultura giuridica islamica.

Le esplicite esortazioni e le regole del Corano ispirano ogni aspetto della vita, dai rapporti di famiglia alle successioni, dai contratti ai rapporti sociali ed al lavoro, dalle imposizioni fiscali alla destinazione e all’uso dei beni pubblici e privati, regole queste che, per la loro origine divina, vengono percepite come particolarmente impositive per i musulmani.

¹ R. DAVID, “*I grandi sistemi giuridici contemporanei*”, Padova, 1994

² شريعة

Weiss³ identifica la *shari'a* come “la totalità della categorizzazione divina degli atti umani”³, che costituisce la base della struttura del diritto musulmano, e dalla quale si distingue l’insieme delle interpretazioni umane o *ijtihad* sviluppate dalle scuole giuridiche che costituiscono il *figh*, la giurisprudenza islamica.

Questo approfondimento è fondamentale per comprendere il sistema giuridico sviluppatosi nell’area, caratterizzato sin dalla sua origine dalla compresenza di norme di origine divina e di regole derivanti dallo sforzo interpretativo umano, le *ahl al-hadith* e le *ahl al-ray*, dualità che si è imposta in tutte le sfere del diritto; da un lato, la *shari'a*, che indica la via che ogni fedele musulmano deve seguire sia in rapporto con Dio che con gli altri non musulmani, dall’altra, il *figh*, il prodotto dell’interpretazione umana della legge di Allah⁴.

La prima disciplina tutte le azioni riguardanti gli aspetti della vita spirituale⁵ e quelli della comunità⁶ nel suo insieme, la cui totale ed irreprensibile osservanza comporta per il fedele l’accesso sicuro al mondo dell’aldilà.

Delle norme di promanazione divina fanno parte il *Corano* e la *sunnah*, cioè le fonti sacre del diritto islamico che rappresentano rispettivamente la rivelazione divina e gli insegnamenti del profeta Maometto.

Il *Corano* non è solo un testo di legge, è il Libro da cui i musulmani traggono i principi per tutto ciò che concerne la loro esistenza; in questo senso, la legge islamica non è solo una religione ma è anche diritto e morale.

Con i suoi seimila versetti (o *sure*) che si distinguono a seconda del momento in cui sono stati dettati⁷, abbracciano tutta la vita dell’uomo, partendo dal rapporto con Dio e con gli altri fedeli (musulmani e non), ad aspetti di vita materiale e morale, familiare ed economica, prevedendo tra precetti validi per l’intera comunità e precetti validi esclusivamente per gli uomini, come quello della lotta armata (o *jihad*).

³ G.B. WEISS, “*The spirit of Islamic Law*”, Athens, 1998

⁴ R. ROMANO, “*Il costituzionalismo e la tutela dei diritti negli stati islamici*”, Università di Trento, 2012

⁵ ‘ibatad in arabo

⁶ Mua’malat in arabo

⁷ I primi versetti detti “meccani” appartengono alla tradizione più pura e dettano principi di vita morale e spirituale; i successivi, invece, prendono come periodo di riferimento l’egira, ossia la fuga di Maometto, e fanno riferimento all’organizzazione politica dello stato che Maometto costituì nella città di Medina.

Altra fonte del diritto islamico di promanazione divina è la *sunnah*, che si compone dei comportamenti, dei detti e delle affermazioni di Maometto (ma ed anche dei suoi silenzi) proferiti durante tutta la sua esistenza ispirata da Allah.

Mentre il Corano rappresenta la rivelazione universale dell'Islam, la *sunnah* stabilisce i principi attraverso cui seguire la via divina, cioè la *shari'a*; in sostanza, la *sunnah* ha la funzione di integrare i principi coranici in virtù della competenza a legiferare attribuita da Dio al Suo Profeta in qualità non di interprete della legge ma di suo fedele e attento esecutore.

Dalla *shari'a* e dalle fonti divine del diritto islamico, si differenzia il *figh*, la disciplina attraverso cui gli studiosi interpretano la legge e che copre tutte le situazioni non espressamente disciplinate dal *Corano* e dalla *sunnah*.

Weiss⁸ identifica la differenziazione tra *shari'a* e *figh* definendo la prima quale il prodotto della legislazione sacra in cui Dio è il soggetto ultimo che ne detta le norme ed i precetti, mentre il *figh* consiste nel ragionamento giuridico, in cui è l'uomo ad essere il soggetto ultimo della sua formazione, attraverso l'attività dei giuristi.

Questa distinzione ha un'importanza fondamentale; chiarisce, infatti, come il diritto islamico nel suo complesso ed in quanto "rivelazione di Dio", si componga, però, di una parte molto importante di origine più terrena e sicuramente umana anche se sempre conforme al dettato divino.

Ed infatti, è proprio grazie al *figh* che si è determinata l'evoluzione dell'intero sistema giuridico islamico e la sua adattabilità alle circostanze storiche che si sono via via verificate nel corso dei secoli e che hanno fatto del diritto islamico un diritto prevalentemente giurisprudenziale

In tal senso, può sicuramente affermarsi che il sistema islamico è stato assimilato al *common law* anglosassone, e non certo al *civil law* tipico della cultura giuridica europea e continentale.

Il *figh* si caratterizza e si distingue dalla *sharia*, dunque, per essere un prodotto dell'uomo per l'uomo, un insieme di valori che trascende il tempo, la storia ed il diritto rivelato per divenire esso stesso diritto divino che necessita però dell'imprescindibile intervento umano per essere applicato a i fedeli di un determinato credo religioso, l'Islam, appunto.

Ma il sorprendente dinamismo del diritto islamico di adattarsi alle ritrovate esigenze dei tempi, trova la sua massima espressione in ulteriori fonti giuridiche: l'*igma*, cioè il consenso unanime della comunità e il *qiyas*, il ragionamento analogico.

⁸ G.B. WEISS, "The spirit of Islamic Law", Athens, 1998

Il *qiyas* è l'ultima ed anche la più contrastata tra le fonti giuridiche e consiste nell'applicazione analogica della disciplina giuridica a casi per i quali nulla è stato detto da parte delle fonti sacre.

È bene chiarire che il *qiyas* rimane sempre un esercizio di logica individuale e che non consente di creare nuove regole che non siano quelle già previste nel *Corano* e nella *sunnah*.

L'*igma* riveste senza dubbio una importanza maggiore.

L'*igma*⁹ o consenso unanime dei dottori della legge comincia a ricoprire grande importanza tra le fonti già dalla morte di Maometto, quando i califfi, saliti al potere, tentarono di creare un ordinamento giuridico stabile basato su una fonte di origine umana che trovava la sua piena legittimazione nel *Corano* e nella *sunnah*.

Una volta raggiunta l'unanimità su una questione sottoposta al giudizio della comunità, l'*igma* diventa legge assoluta ed infallibile e chi va contro la decisione presa dalla comunità commette un'eresia.

Attraverso l'*igma* si evidenzia come, in assenza di precise previsioni coraniche o profetiche, sia possibile utilizzare il ragionamento su una determinata questione, a patto però che la stessa non sia stata già sottoposta alla comunità giudicante, senza precludere però la possibilità di modificare la statuizione precedentemente espressa; in tal senso, dunque, la sentenza (*fatwua*) non può essere perenne, ma va rivista di volta in volta. Questo principio si trova alla base dell'*igma*; il consenso successivo, abroga senza dubbio il precedente emesso sulla medesima fattispecie.

E' per questo che il ragionamento analogico umano viene considerato al pari delle fonti principali del diritto islamico di ispirazione divina; secondo il *Corano*, infatti, la decisione della comunità unanime è infallibile ed è legge.

L'*igma* rappresenta dunque uno strumento fortemente innovativo e dirompente rispetto alle fonti dei sistemi giuridici di *common* e *civil law*; il consenso dei saggi ed il consenso della comunità religiosa assurgono, quindi, a fonti supreme della legge islamica rompendo lo schema concettuale che vedevano solamente l'Islam ed il *Corano* come precetti di vita morale, religiosa, politica e sociale.

Il consenso così raggiunto, consente di emettere sentenze (*fatwua*) su questioni sempre nuove ed attuali creando un diritto che sa perfettamente adattarsi alle esigenze nuove ed a quelle emergenti.

⁹ L'*igma* può essere distinto in *igma al-ummah*, il consenso di *tutti* i musulmani su una determinata questione ed *igma al-ulama*, il consenso dei *soli studiosi* della disciplina giuridica.

In tal senso, il diritto islamico è dinamico, evolutivo, soprattutto fondato sull'esigenza di razionalità e sull'elaborazione umana. Non ha nulla a che fare con l'idea di un diritto fisso, totalmente disumanizzato perché rivelato; al contrario, è la stessa rivelazione divina che esige che la ragione umana svolga il suo ruolo in quanto essa è un dono divino che permette la comprensione di ciò che è rivelato, costituendo il punto riferimento dell'uomo quanto alla sua capacità di restare fedele a Dio seguendo la via¹⁰.

3. *Il ruolo della legge islamica negli ordinamenti moderni*

Il sistema giuridico delle fonti del diritto islamico ha evidenziato come tale ordinamento sia stato retto nel corso dei secoli dai principi stabiliti dalla legge divina, lasciando però spazio al “legislatore umano”, il quale è potuto intervenire soltanto in questioni non già disciplinate dalle fonti divine.

Tuttavia, mentre è ormai pacifico il richiamo all'intervento dell'uomo per la definizione delle controversie che riguardano la sfera sociale, familiare ed economica, una chiusura si riscontra quando la legge divina è chiamata a regolare il sistema – Stato.

L'importazione dei modelli giuridici europei, delle legislazioni e delle codificazioni occidentali ha nel tempo provocato formalmente la restrizione della legge sacra sulla scorta del principio di sovranità del popolo, seppur si è sempre continuato a considerare la *shari'a* quale fonte suprema del diritto.

Infatti, nonostante l'introduzione delle principali forme giuridiche europee, sia di sistemi di *common law*, come in Pakistan, che di *civil law*, come in Marocco ed Algeria si è riaffermata una volontà dei popoli di non rinunciare alla propria identità culturale.

Tale tendenza si è rafforzata con la svolta “islamista” che i sistemi hanno realizzato negli ultimi decenni, primo stato fra tutti l'Arabia Saudita, che ha evidenziato un ritorno all'applicazione della legge sacra, in risposta alle scelte politiche “filo occidentali”, abbandonando per molti ordinamenti la possibilità di evolvere verso un sistema giuridico democratico di matrice europea.

Se è vero che molti Paesi islamici, come l'Indonesia e il Senegal – adottano una forma di separazione tra Stato e religione, molti altri evocano la *shari'a* come unica fonte della legislazione.

¹⁰ J. NEYRINCK, “*Peut-on vivre avec l'Islam?*”, France, 1999

In questo senso, l'Arabia Saudita è l'unico paese al mondo a considerare il Corano come la propria Costituzione (che si compone di 83 articoli e non è redatta in forma scritta).

Tuttavia, non bisogna meravigliarsi di tale scelta, né bisogna escludere la portata politica di tale impostazione; l'Arabia Saudita, infatti, non ha mai mancato di dimostrare la volontà di costituirsi quale guida religiosa e politica del mondo musulmano che di certo, passa anche attraverso l'applicazione *tout court* della legge sacra *sharaitica*.

E se alcuni paesi di religione islamica hanno adottato vere e proprie "Costituzioni di facciata" che nulla hanno a che vedere con i principi di uno stato liberal democratico, per altri, il disegno di uno stato laico non è stato del tutto accantonato.

4. *La Costituzione tunisina tra luci e ombre*

Con l'approvazione della nuova Costituzione il 26 gennaio 2014, la Tunisia ha raggiunto un importante risultato nell'ambito del movimento di protesta della "primavera araba" che, grazie alle rivolte ed in un clima politico spesso teso fino a culminare nel sangue, ha posto fine al regime autocratico di Zine El Abdine Ben Alì.

La nuova Costituzione, di cui si rimarca in occidente il carattere moderno senza precedenti nei paesi arabi, si auspica faccia da traino per gli altri Stati dell'area nord-africana.

La discussione sugli articoli più controversi riguarda in primo luogo il ruolo dell'Islam nella vita pubblica ed il rispetto del suo ruolo come fonte del diritto.

Infatti, sin dall'incipit, la Costituzione prevede l'accostamento di principi di costituzionalismo contemporaneo a disposizioni che rispondono al contesto culturale, storico e religioso del Paese, riguardanti la religione islamica nello specifico.

La Costituzione della Tunisia ha trovato il favore dei massimi giuristi tunisini che hanno espresso il loro apprezzamento sottolineando come le specificità della Tunisia non solo siano state salvaguardate nello stesso dettato costituzionale, ma si ritrovino in esso; non si tratta, dunque, di un testo preconfezionato ma di un'entità che raccoglie i principi di una democrazia liberale senza però rinunciare alla sua forte identità confessionale.

La questione religiosa ha rappresentato, infatti, uno dei principali motivi di scontro tra le forze politiche in seno all'*Assemblée Nationale Constituante* (ANC), guidate dal partito islamista Ennahda che, forte della maggioranza ottenuta nelle elezioni democratiche del 2011, ha tentato di

imporre la “sua Costituzione”, promuovendo la *shari'a* come fonte del diritto; tuttavia, in seguito alla persistente opposizione delle forze laiche del Paese, Ennahda¹¹ ha accettato di dialogare con gli altri partiti, rinunciando a posizioni più estremiste.

Il dibattito ha riguardato nello specifico tre elementi principali: la costituzionalizzazione della *shari'a* ed il rapporto con il diritto positivo, i diritti delle donne nell'ambito della famiglia e nella società e la libertà di espressione e la sua compatibilità con il rispetto della morale religiosa¹².

Per definire la nuova identità politica tunisina, cristallizzata nella carta costituzionale, ed il ruolo centrale che l'Islam ancora ricopre, è necessario passare attraverso una disamina della Costituzione.

La Costituzione tunisina innalza l'Islam a religione ufficiale dello Stato; il Presidente della Repubblica deve essere un musulmano, fatto che impedisce ai praticanti di altre fedi o per gli atei di ricoprire la massima carica dell'esecutivo.¹³ I primi articoli della Costituzione tunisina hanno un fondamento marcatamente islamico. Lo Stato, da un lato, si identifica come il protettore della religione, ma dall'altro assicura la libertà di culto.

L'ordinamento è definito come repubblicano e democratico, lo Stato civile è basato sullo Stato di diritto e sul governo della legge, sul pluripartitismo, la divisione dei poteri, l'indipendenza della magistratura, la prassi di buon governo, la garanzia dei diritti e delle libertà dell'individuo e l'uguaglianza tra i cittadini di entrambi i sessi.

I primi 19 articoli contengono i principi su cui si basa la Costituzione tunisina; “la Tunisia è uno stato libero, indipendente e sovrano. L'islam è la sua religione, l'arabo è la sua lingua e la repubblica è la sua forma di governo”, si legge nell'art. 1.

Nell'articolo 2 si prevede l'instaurazione di uno stato a carattere civile basato sulla cittadinanza, sulla volontà del popolo e sul primato del diritto.

I seguenti riguardano gli elementi tipici del costituzionalismo islamico, come il principio confessionale, la preminenza dell'Islam sulle altre religioni ed il ruolo che essa ricopre nello Stato. Questo primo gruppo di articoli, in particolare, non presenta una prepotente impronta islamica e

¹¹ Il Movimento della Rinascita, ovvero Movimento al-Nahda, o Partito al-Nahda è un partito politico tunisino di orientamento islamista moderato.

¹² P. LONGO, da “Il Corriere di Tunisi”, giugno 2013

¹³ Una situazione analoga però, la ritroviamo in Norvegia, la cui costituzione riconosce la religione evangelica luterana come religione ufficiale dello Stato; e nell'*Act of Settlement* impedisce ad una persona di fede cattolica di salire sul trono del Regno Unito ed al re di sposare una cattolica.

nonostante elevi l'Islam come religione di Stato, non richiama la *shari'a* tra le fonti del diritto e della legislazione, in uno Stato responsabile di delineare il campo di influenza della religione.

L'art. 6 che sancisce "la libertà di credo e di coscienza e l'interdizione dell'apostasia" ha suscitato numerose reazioni contrarie in un contesto caratterizzato storicamente da casi di soprusi, basati su discorsi religiosi improntati alla violenza e all'odio. Un articolo controverso per alcuni soprattutto per coloro che vedrebbero minacciata la coesione sociale e la sicurezza del paese rinviando ad aspetti contrari all'Islam.

In conclusione, può dirsi che nel suo complesso, la Costituzione tunisina rappresenta un equilibrio tra ideologia islamica e politica; l'anima islamica è presente nello Stato ma non lo domina; sarà necessario un periodo di attesa per valutare l'effettività del nuovo testo costituzionale, e soprattutto, per chiarire i dubbi circa l'intervento dello Stato nel difendere da una parte il primato dell'Islam e dall'altro la libertà di religione inviolabile. La difficoltà più grande, come affermato da uno dei massimi studiosi di diritto islamico, al-Ghannouchi non sarà "liberare lo Stato dalla religione, ma al contrario, la religione dallo Stato".