

Presentazione

Quest'opera segue la precedente *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, di Gianmaria Ajani, Domenico Francavilla e Barbara Pasa, edita da Giappichelli nel 2018, che a sua volta sostituiva il volume *Diritto comparato. Casi e materiali* di Gianmaria Ajani e Barbara Pasa, edito da Giappichelli nel 2013 con l'aggiunta di un nuovo autore, Domenico Francavilla, e con la collaborazione di Riccardo Viviani.

Rispetto all'opera precedente (*Diritto comparato. Lezioni e materiali*) si segnalano alcune importanti novità nella struttura. Le originarie tre parti sono adesso concepite come volumi autonomi: 1. Questioni di metodo; 2. Il confronto common law/civil law; 3. I diritti asiatici e africani. Pur nella unità della impostazione, si intende in tal modo andare incontro alle esigenze di flessibilità e di modularità per l'utilizzo in diversi corsi di laurea ed esperienze didattiche, sia tradizionali sia blended o interamente a distanza, oltre che all'interesse degli studiosi e in generale dei lettori per aspetti specifici del diritto comparato. Si è scelto di utilizzare per ciascun volume la Bibliografia generale dell'opera in modo che questo strumento sia sempre disponibile nella sua interezza.

L'opera rimane caratterizzata da un ampio ricorso a documenti, integrati nel testo in modo da permettere una completa fruibilità anche da parte di studenti non frequentanti. L'opera è inoltre accompagnata da un *Supplemento casi e materiali*, un volume *online* che sostituisce il precedente sito collegato all'opera e permette una fruizione più immediata dei materiali. Il *Supplemento* include le versioni estese di alcuni documenti già presenti nel testo e molti altri documenti e strumenti didattici. In particolare, il *Supplemento* contiene sintetiche Unità Didattiche, che riassumono i contenuti principali dei Capitoli ai quali si riferiscono, segnalano le fonti normative o la giurisprudenza rilevanti, indicano una breve bibliografia per approfondimenti e propongono alcuni materiali multimediali, particolarmente importanti in una indagine di diritto comparato che vuole essere innanzitutto un'introduzione alla diversità nel diritto, percepibile più concretamente attraverso le immagini. Le indicazioni bibliografiche indicate nelle Unità didattiche contestualizzano la Bibliografia generale dell'opera e permettono agli studenti di avere riferimenti attendibili a dei testi che possono essere utilizzati sia per considerare analisi diverse degli argomenti trattati nel nostro volume, sia per lavori di approfondimento. Il *Supplemento* contiene inoltre dei Temi svolti: si tratta di brevi testi che riguardano questioni molto dibattute, o comunque rile-

vanti per ragioni di attualità, e Domande per l'autovalutazione. Gli Esercizi di micro-comparazione che erano *online* nell'opera precedente sono adesso integrati nel primo volume dell'opera.

Nell'Introduzione del 2018 scrivevamo: “*Diritto comparato. Lezioni e materiali* è adatto a modalità di didattica tradizionale, ma è pensato per una attività didattica da erogare anche in modalità *blended* (in classe e a distanza), o interamente a distanza”. Evidenziavamo inoltre l'importanza di “avviare gli studenti a un'analisi e comprensione degli argomenti trattati secondo modalità più libere, che, da una parte, valorizzino la diversità degli interessi e, dall'altra, permettano di approfondire i contenuti secondo le modalità di apprendimento ‘diffuso’. Sollecitate dal Ministero e facilitate dall'utilizzo dei moderni device da parte degli studenti, sempre più connessi e digitali, le Università italiane stanno proponendo una didattica innovativa che sposta l'attenzione dal docente allo studente, al quale viene richiesto di partecipare attivamente alla costruzione della propria formazione. Si tratta di un passaggio da modelli di apprendimento trasmissivi a modelli a carattere costruttivo e collaborativo, in cui si afferma la centralità del ruolo dello studente e dove il docente non è più fonte unica del sapere, ma stimolo alla motivazione e all'indagine autonoma”.

Se la centralità del ruolo attivo dello studente non è certamente una novità nel dibattito sulla formazione dei giuristi, inevitabilmente l'insegnamento universitario è stato trasformato dagli effetti del Covid-19 a partire, in Italia, dal marzo 2020. Tutte le Università, docenti e studenti hanno dovuto confrontarsi con una didattica interamente a distanza. Da questo punto di vista, in un dibattito ancora aperto e in un quadro di ritorno alla normalità, ci sentiamo di fare solo due osservazioni. La prima è che la didattica a distanza imposta dalle circostanze, nonostante gli sforzi dei docenti e degli studenti, ha finito in alcuni casi per indebolire la centralità dello studente. La seconda è che, per quanto rimanga importante il dibattito sulle modalità dell'insegnamento, occorre sempre partire dagli obiettivi formativi, dalle conoscenze e competenze che si ritengono importanti.

Da questo punto di vista lo spirito dell'opera è immutato. Gli argomenti trattati, le competenze e le abilità che si intendono formare costituiscono parte essenziale del percorso formativo del giurista contemporaneo. In particolare, l'opera introduce alla conoscenza delle diverse tradizioni giuridiche, in prospettiva diacronica e sincronica, e indirizza i lettori verso la comprensione e la soluzione di casi giurisprudenziali rilevanti.

I principali obiettivi formativi riguardano nello specifico la capacità di: a) integrare le conoscenze relative al proprio sistema di diritto con quelle riguardanti altri ordinamenti o sistemi che utilizzano meccanismi di controllo sociale diversi; b) riconoscere il pluralismo delle fonti e la sua complessità, nella consapevolezza che non tutti gli ordinamenti giuridici sono modellati sul diritto romano, e che non tutti presentano il medesimo grado di fedeltà alla lettera della legge scritta; c) formulare giudizi critici sulla base di informazioni limitate o incomplete, inclusa

la capacità di riflessione autonoma su responsabilità sociali ed etiche collegate all'applicazione delle conoscenze acquisite circa la diversità del diritto e la sua mutevolezza; d) applicare le metodologie della comparazione giuridica, al fine di acquisire competenze multidisciplinari per un proficuo studio delle diverse tradizioni giuridiche; e) applicare tali metodi alla soluzione di casi pratici che presentino elementi di estraneità. L'acquisizione di tali competenze ed abilità sarà indispensabile nei successivi anni di studio, quando gli studenti potranno approfondire lo studio di altri diritti (diritto anglo-americano, diritto africano, diritto cinese, diritto dell'India, ecc.) o di alcuni temi specifici (nell'ambito del diritto privato comparato, costituzionale comparato, diritto privato europeo, contratti internazionali, ecc.). Obiettivo finale è quello di formare laureati dotati di competenze e abilità giuridiche spendibili a livello transnazionale, e di sensibilità rispettose delle diverse tradizioni giuridiche. Qualità indispensabili sia per le professioni forensi tradizionali (avvocato, magistrato, notaio), sia per quelle più innovative (traduttore giuridico, mediatore giuridico, operatore in ONG), sia infine per accedere alla carriera diplomatica o per diventare un funzionario europeo.

L'opera è stata completamente rivista ed è aggiornata al 2022 dando conto degli sviluppi più recenti, dalla Brexit al Codice civile cinese. Ringraziamo i colleghi e le colleghe, gli studenti e le studentesse che hanno contribuito ad aggiornare e migliorare questo volume. Un ringraziamento particolare va al dott. Riccardo Viviani, che grazie alla sua esperienza prima come studente e poi come collaboratore e tutor ha dato un importante contributo alla revisione dell'opera nel 2018, da cui anche questa nuova edizione trae beneficio.

Consapevoli delle difficoltà che si pongono nella scrittura di un'opera di questo tipo, speriamo che possa rappresentare uno strumento utile e interessante per tutti coloro che vogliono pensare, attraverso il diritto, ai problemi globali di oggi.

Gianmaria Ajani, Domenico Francavilla, Barbara Pasa

Torino-Venezia, 15 gennaio 2023

Capitolo 1

Legge divina e società nell'Islam

SOMMARIO: 1.1. L'ultima Rivelazione. – 1.2. La Sharī'a e le fonti del diritto. – 1.3 La Sharī'a e l'interpretazione. – 1.4. Sunniti, Sciiti e Scuole. – 1.5. Il qāḍī e la giustizia. – 1.6. Alcune regole e l'individuo, secondo la Sharī'a. – 1.7. Il diritto dei paesi islamici. – 1.8. Il diritto islamico fra tradizione e modernità.

1.1. *L'ultima Rivelazione*

Oltre un quarto della popolazione mondiale (Pew Research Centre Forum on Religion and Public Life, 2015) si professa musulmano: quale diritto, quali regole seguono i cittadini dei paesi islamici?

I non musulmani che vogliono conoscere il Diritto dei paesi islamici studiano dapprima la *Sharī'a* (che definiscono come *diritto islamico* o *diritto musulmano*); solo in un secondo momento studiano il diritto positivo vigente in ciascun paese islamico.

È opportuno chiarire sin d'ora che [*Sharī'a*] e [diritto islamico] non sono tecnicamente sinonimi. Lo studio del diritto nell'Islam ha dato luogo a una letteratura bipartita: quella prodotta dai musulmani, fedele alla teologia islamica, e quella prodotta dagli studiosi occidentali, maggiormente inclini a distinguere fra un diritto divino nella teoria ed un diritto umano nella pratica. Per una introduzione alla materia, principalmente ci si rivolge ai secondi. Per la sua importanza culturale e diffusione mondiale il diritto islamico è stato probabilmente il diritto non occidentale più studiato, in Italia e in altri paesi occidentali (e.g. Castro 1979, 2007a, 2007b; Aluffi Beck-Peccoz 1990 e 2008, p. 173 ss.; Papa 2008; Schacht 1995 [1964]; Aldeeb Abu-Sahlieh 2008).

Nessun sistema giuridico dei paesi islamici è ordinato sulla base della *sola Sharī'a*.

Le differenze sono profonde, ma generalmente si può affermare che oggi l'amministrazione dello Stato, il potere giudiziario e l'attività legislativa mettono in funzione regole laiche. Significativo è il caso della Turchia, dove la laicizzazione del diritto e delle istituzioni è iniziata all'inizio del XX secolo. Kemal Atatürk aveva, infatti, scelto di codificare il diritto in base a modelli occidentali (Codice civile a modello svizzero, Codice penale a modello italiano, Codice di procedura penale a modello tedesco, ecc. (v. Vol. 1, Cap. 2). La laicizzazione del diritto si è

compiuta anche nelle ex-Repubbliche socialiste sovietiche centro-asiatiche, abitate da musulmani (Repubbliche di Kazakistan, Kirghizistan, Tagikistan, Turkmenistan e Uzbekistan) a seguito dell'abbandono dell'opzione socialista; come conseguenza del loro passato, contraddistinto da una “debole fedeltà” alla *Shari'a* causata da secoli di soggezione alla volontà dello zar, questi Stati non rivelano una “nostalgia sciaraitica”. Altri Stati, al contrario, hanno attinto alla qualità divina e atemporale del diritto, evitando di adottare una Costituzione o, pur adottandola, limitando l'attività normativa dello Stato: così la Monarchia assoluta islamica d'Arabia Saudita (a seguito di una decisione di re Abdullah del 2011 le donne hanno potuto votare ed essere elette in politica, dal 2015); il Sultanato di 'Oman (con il Sultano Qābūs b. Sa'īd in carica dal 1970); la Repubblica Islamica iraniana (dopo Ahmadi-nejād, 2005, Hassan Rouhani, 2013, e Ebrahim Raisi, 2021). Nel mezzo, moltissimi paesi, dall'Indonesia agli Stati africani islamizzati del Nord del Sahara che stanno occidentalizzando alcune parti del diritto rivelato. In tali paesi è costante il dibattito su come possa conciliarsi un'autorità legislativa statale con il diritto rivelato, nel rispetto dello [statuto personale] del musulmano: principalmente le regole che riguardano il diritto delle persone, di famiglia, le successioni *mortis causa* e il [*waqf*], sorta di patrimonio legato ad uno scopo.

Il diritto islamico assume, inoltre, un ruolo molto importante nella vita dei musulmani che vivono in Occidente dove la secolarizzazione dello Stato e l'affermarsi del principio della laicità delle istituzioni hanno attribuito al legislatore un ruolo totalizzante ed esclusivo, che non lascia spazio ad un'applicazione sussidiaria delle regole sciaraitiche. Di fatto, nonostante le resistenze ad ammettere ed applicare il “diritto religioso” (Glenn 2011, p. 368 ss.), attraverso la protezione costituzionale della libertà religiosa, gli Stati occidentali possono giungere a tutelare la tradizione islamica e, in definitiva, ad applicare regole giuridiche islamiche.

La centralità della *Shari'a* rimane un tratto genotipico che caratterizza questa tradizione giuridica, nonostante le varianti sopra descritte. Il fatto di essere l'elemento essenziale, che plasma l'organizzazione della società islamica, è enunciato in talune Costituzioni dell'area e nelle norme che si occupano del sistema delle fonti del diritto: così, ad esempio, in Egitto, Marocco, Tunisia, Algeria, Mauritania, Siria, Iran, Pakistan, Sudan, Iraq. Una tale enunciazione, che chiamiamo regola declamatoria (v. Vol. 1, Cap. 1), ha lo scopo di consentire all'interprete di colmare le eventuali lacune di un testo giuridico con la regola sciaraitica, ma talvolta serve piuttosto a tacitare i musulmani più esigenti.

La *Shari'a* (lett.: *via da seguire*) riguarda un insieme di precetti che il credente deve seguire: preghiere, digiuni, pellegrinaggi, diffusione della parola del Profeta, obbligo di lottare per difenderla dalle aggressioni esterne [*jibād*], rituali di vita familiare, comportamenti da tenere nelle relazioni con gli altri, ecc. Essa regola dunque anche posizioni e situazioni che in altre tradizioni giuridiche sono regolate dal diritto. Il musulmano riconosce, dunque, nella *Shari'a* un vero e proprio sistema giuridico, che è stato rivelato agli uomini, che viene da Dio ed è pertanto immutabile ed autosufficiente.

Per apprendere le regole, il musulmano si rivolge a colui che si occupa dello studio e della comprensione delle fonti [*uṣūl al-fiqh*], all'uomo dotto, cioè a quella che nella tradizione di civil law è stata chiamata *scientia iuris*. La letteratura giuridica è, dunque, prodotta dai dotti [*faqīh*, pl. *fuqahā'*], i quali hanno descritto il sistema delle fonti, le regole sostanziali che si applicano alle relazioni fra privati, lo statuto personale, e che rappresentano lo sforzo degli uomini per individuare la “Legge di Dio” e l'adesione corale alla dottrina islamica.

DOCUMENTO 1: Popolazione islamica nel mondo

Regional distribution of Muslims

Population by region as of 2010



Percentage of world Muslim population in each region as of 2010



Note: Population estimates are rounded to the ten thousands. Percentages are calculated from unrounded numbers. Figures may not add to 100% due to rounding.

PEW RESEARCH CENTER

Ogni esperto di *fiqh*, il *faqīh*, deve avere una conoscenza approfondita dell'arabo classico, la lingua del Corano, qualunque sia la sua lingua materna. La

terminologia giuridica araba ha influenzato, infatti, tutte le grandi lingue dell'Islam, come il turco ottomano e il persiano: esse vi hanno attinto per strutturare il proprio vocabolario giuridico.

Nella terminologia del comparatista (Vol. 1, Cap. 1), si direbbe che sia il formante dottrinale a svolgere una funzione essenziale dentro questa tradizione giuridica: gli studiosi islamici affermano, infatti, di “trovare il diritto” nella *Shari'a*, e non potrebbe che essere altrimenti dato che l'ammissione di un'attività creativa dell'interprete incontrerebbe il doppio limite:

1. del testo scritto rivelato, che non può essere modificato dagli uomini: secondo la teologia maggioritaria nel sunnismo (sui sunniti v. § 2) esso è preesistente, eterno, *qadīm*, inimitabile; sarà la società a dover adattarsi al diritto, non viceversa;

2. della tradizione: le antiche regole consuetudinarie arabe pre-islamiche (*adat* o *urf*) non vengono abolite, ma coesistono con la *Shari'a* e, nella maggioranza dei casi, acquisiscono un nuovo *status* attraverso la Rivelazione, diventando “Legge di Dio”.

Che il Diritto sia da ricercarsi nella *Shari'a* significa, al contempo, riconoscere un doppio vantaggio per la *Shari'a*:

a) essa non deve rivaleggiare con uno o più legislatori (il ruolo del diritto positivo, come si è detto, è marginale in molti di questi paesi);

b) essa non deve subire la concorrenza di modelli giurisprudenziali, giacché la comunità islamica non dispone di una unica corte di vertice, le cui soluzioni possano valere come autorità suprema, ed inoltre il giudice islamico non motiva la propria decisione; pertanto, nella sentenza non è tenuto ad enunciare la regola di diritto che risolve il caso (Gambaro-Sacco 2018, p. 334).

1.2. La *Shari'a* e le fonti del diritto

I popoli del Medio Oriente si consideravano semiti, discendenti da Sem, figlio di Noè: si muovevano su quei territori con le loro credenze e religioni (animiste e politeiste, ma esistevano anche gruppi di ebrei e di monaci cristiani) e ciascuno con il proprio diritto: i diritti conosciuti erano molti (il diritto ctonio dell'area era variegato) e non sarebbero stati interamente cancellati nemmeno con Maometto. Anzi, alle altre “Genti del Libro” (ebrei e cristiani, ai quali potevano venire assimilati zoroastriani e indù) egli accordò uno speciale statuto, che con una finzione giuridica si faceva derivare da un contratto noto come [*dhimma*]: la residenza in cambio del pagamento delle tasse, così che queste genti furono chiamate *dhimmi*. Oggi si afferma che i *dhimmi* sono esclusi dai privilegi specifici dei musulmani ma sono anche esenti dagli specifici doveri dei musulmani; quanto al diritto di proprietà, dei contratti e delle obbligazioni, *dhimmi* e musulmani sono trattati su di un piano di parità (Schacht 1995 [1964], pp. 132, 143).

Maometto visse tra il 570 circa e il 632 d.C. (VII secolo d.C./I secolo dell'Egira), nelle terre della regione che oggi chiamiamo Arabia Saudita (da *arab*: nomade). Quanto al computo del tempo, vi è chi adotta la distinzione avanti e dopo Cristo; altri distinguono fra epoca antica e volgare; altri ancora combinano i criteri e così per spostarsi dall'era cristiana a quella islamica sottraggono 6 (o aggiungono 6 per spostarsi dall'era islamica a quella cristiana) in quanto l'era islamica inizia con la fuga di Maometto a Medina, c.d. Egira, nel 622 d.C. Di lì ha inizio il computo dell'era islamica: il primo secolo di quest'ultima coincide, pertanto, con il VII secolo d.C. dell'era cristiana (es.: I secolo dell'Egira/VII secolo d.C.), anche se il rapporto fra anni islamici e anni occidentali non è costante per la diversità di durata degli anni del calendario (Calder 1993, p. 12).

In quegli stessi anni si conosceva il diritto romano nella forma del Digesto di Giustiniano, così come era noto il diritto talmudico redatto in aramaico, lingua non lontana dall'arabo. I contatti, se non addirittura le reciproche influenze, fra diritti etrusco, romano, bizantino, persiano e talmudico sono stati accertati e documentati: così, per esempio, taluni autori hanno affermato che parte significativa della popolazione ebraica avrebbe accettato l'Islam nei secoli della sua formazione (Hodgson 1974, p. 316). Va chiarito, tuttavia, che sebbene eventuali incorporazioni e fusioni fra diritto etrusco e altri diritti siano state certamente possibili, il diritto islamico non è costituito dalla mera somma di tanti diritti diversi e pre-esistenti.

Maometto era l'ultimo (in ordine temporale) dei Profeti (dopo Mosè e Gesù), ma la rivelazione concessa a Maometto non è stata come le altre. L'insegnamento di Dio avvenne "parola per parola", durante un periodo di circa 23 anni dalla prima rivelazione ricevuta da Maometto alla Mecca, sino agli anni del suo rifugio a Medina (città del Profeta). Glenn osserva che la Rivelazione è stata, sin dal suo inizio, "parola scritta", raccolta nel Libro sacro: il Corano (lett: *recitazione*). "*Poiché Maometto non sapeva leggere, la rivelazione che ricevette fu una lettura (di un prototipo celeste) compiuta da uno che non sapeva leggere*" (Glenn 2011, p. 296). Intorno al Corano è stato costruito tutto il resto.

Nel frattempo, ad opera dei Califfi Omayyadi (661-750 d.C., I-II secolo dell'Egira) l'area islamizzata si estendeva a nord dalla Palestina sino alla Siria, ad est nei territori dell'Impero Sassanide dalla Persia sino al fiume Indo e alle regioni dell'Asia Centrale sud-occidentale, ad ovest dall'Egitto sino a tutta la fascia costiera mediterranea dell'Africa nord-occidentale. Risalendo sino in Francia dalla penisola iberica, i musulmani vennero bloccati a Poitiers, nella storica battaglia del 732 d.C./II secolo dell'Egira, in cui Carlo Martello sconfisse l'esercito di Abd al-Rahman, convincendo i regnanti Omayyadi dell'impossibilità di espandere i confini del loro Impero oltre i Pirenei.

DOCUMENTO 2: Cosa significa Califfo? (Gambaro-Sacco 2008, p. 468)

Khalīfa è il termine che indica il Vicario o Successore di Maometto, alla guida politica e spirituale della Comunità islamica. I Califfi successivi ai primi quattro "successori dell'Inviato di Dio", chiamati

“ortodossi” dall’Islam, che regnarono a Medina fra il 632-661, appartenevano alla dinastia omayyade-sufyanide di Damasco. Il loro nome deriva dal loro meccano di provenienza, quello dei Banū Umayya, e dalla *kunya* [l’appellativo composto di abū «padre» o umm «madre» declinati al genitivo (per es., Abū ‘Abd Allāh «padre di ‘Abd Allāh»)], titolo onorifico utilizzato di solito per designare la paternità rispetto al figlio primogenito del padre del loro primo esponente.

Nella storia dell’Islam non ci fu sempre un solo Califfo, e nemmeno fu sempre un uomo appartenente alla tribù di Maometto (i quraisciti) come avrebbero voluto gli sciiti. Fino alla prima guerra mondiale ci furono un Califfo a Istanbul e uno in Marocco, a Rabbat o Marrakesh. Dopo la dissoluzione dell’Impero ottomano, quello di Istanbul non ha più avuto un successore.

L’islamizzazione, pur procedendo velocemente con le campagne militari, non trovava corrispondenza in un altrettanto rapido e completo processo di conversione religiosa delle popolazioni. Per molto tempo, ad esempio, i musulmani dell’Asia Centrale furono considerati credenti “tiepidi” dai loro confratelli; l’islamizzazione era avvenuta soprattutto grazie al valore degli alleati turchi. “Turche” erano le popolazioni della regione e prevalentemente “turco” – vale a dire temperato da continui confronti con le altre religioni presenti nell’area che continuavano a lungo a esercitare richiami e tentazioni, per non parlare della tenace sopravvivenza di elementi di sciamanesimo boreale – era l’atteggiamento con cui venne abbracciato l’Islam (Donini 1993 e 2003).

L’islamizzazione procedeva naturalmente anche ad uniformare i diritti delle popolazioni conquistate, imponendo il riconoscimento della *Shari‘a*, fondata sulla Rivelazione, e della dottrina delle [radici] o fonti del diritto. Queste ultime sono:

✓ Il Corano, *Qur’ān* – lett: *recitazione*, 114 capitoli (o sure, *sūwar*), suddivisi in 6235 versetti (o segni, *āyāt*), disposti in ordine non cronologico; nei versetti si distinguono le rivelazioni dei due periodi, meccano e medinese, separati dall’evento dell’Egira [*hijrah*] cioè l’anno che dà inizio al computo del tempo in questa tradizione giuridica (l’anno 0 dell’Egira = 622 d.C.); dei versetti, circa 500 contengono regole giuridiche (poche e di non facile individuazione). La recitazione del Corano ha un ruolo centrale nell’esperienza religiosa dei fedeli e della comunità nel suo complesso scandendone i momenti principali come descritto da Abu Zayd (2004, pp. 28-41, v. Doc. “Una vita con l’Islam” in *Supplemento casi e materiali*).

✓ La *Sunna* – lett: consuetudine, modello di comportamento. Si tratta del *sentiero imboccato e percorso dal Profeta*, la condotta del Profeta Maometto ispirata a Dio, trasmessa verbalmente e composta per iscritto in [*abadūth*, sing. *hadīth*], cioè enunciati trasmessi in una catena “affidabile e costante” (i due elementi che costituiscono la normatività dell’hadith) di comunicazioni, a partire delle prime comunicazioni del Profeta.

✓ L’*ijmā‘* – il consenso della dottrina, paragonato alla *communis opinio doctorum* (Owsia 1991, p. 33 ss.); secondo la definizione classica, “il consenso (*ijmā‘*) di tutta la comunità dei credenti” (*Ummah*), la comune convinzione religiosa; il consenso è difficile da raggiungere, e si consegue solo attraverso una costante di-

scussione all'interno della comunità dei credenti, ma proprio questa dialettica interna ha portato alle ben note divisioni del mondo islamico (v. le differenti scuole giuridiche, *infra*, § 1.4). Per capire la nozione di *ijmā'* occorre pensare ad un consenso di tipo "plurale", indotto da un *ḥadīth* del Profeta, secondo il quale "il mio popolo non concorderà mai sull'errore" (Glenn 2011, p. 301).

✓ *Il qiyās* – l'analogia giuridica. Nella tradizione giuridica occidentale, il ragionamento analogico non è fonte di produzione del diritto, ma criterio ermeneutico volto a facilitare l'applicazione delle regole; nella tradizione islamica, invece, dove le fonti non sono formalizzate dal diritto positivo, l'analogia giuridica è fonte in senso stretto. Resta escluso il ragionamento di tipo deduttivo più assertivo, tipicamente occidentale, perché incompatibile con la dottrina coranica. Esempio di *qiyās*: "O voi che credete! In verità il vino, il maysir, le pietre idolatriche, le frecce divinatorie sono sozzure, opere di Satana; evitatele, a che per ventura possiate prosperare" (Corano, V, 90). In base a questo versetto del Corano, sarà proibita l'assunzione del vino e degli alcolici e di ogni sostanza inebriante.

Si osservi che, secondo una ricostruzione "modernista", la *Sharī'a* comprenderebbe solo le prime due fonti, Corano e Sunna, in quanto rivelate o a Dio ispirate (Glenn 2011, p. 297 ss.).

Esistono infine due fonti secondarie, necessarie per l'interpretazione delle regole giuridiche sopra descritte: l'*Istihsan* e l'*Istislah*. Il primo, *Istihsan*, fa riferimento all'equità (la scuola hanafita utilizza questo mezzo ermeneutico, mentre gli sciafiiti lo rifiutano); il secondo, *Istislah*, si ispira all'interesse pubblico, al bisogno pratico cui la regola giuridica deve rispondere (la scuola malikita ne fa uso).

In sintesi è possibile affermare che:

✓ 500 versetti del Corano non sarebbero bastati a risolvere tutti i casi pratici se ad essi non si fossero dedicati i *fuqahā'* per produrre un significativo "sforzo interpretativo";

✓ nonostante l'unità dell'Islam, sono fiorite varie "scuole" e diverse interpretazioni, non sempre fra loro conciliabili, dell'Islam.

Questi due temi saranno oggetto dei prossimi paragrafi.

1.3. La *Sharī'a* e l'interpretazione

Sebbene in sede teologica si dica che la *Sharī'a* è tutta rivelata e priva di lacune, storicamente il diritto islamico è stato interpretato, modificato e rielaborato dai giuristi dotti all'interno delle diverse "scuole", almeno fino a quando la ragione individuale [*ra'y*] e lo sforzo intellettuale [*ijtihād*] hanno potuto giocare un ruolo fondamentale nella soluzione delle questioni giuridiche.

In un momento non meglio precisato fra il IX secolo e il XIII secolo d.C./III-VII secolo dell'Egira, le soluzioni elaborate dalla dottrina sono divenute incontestate.

stabili. Solo allora è stata [chiusa la porta dello sforzo interpretativo], secondo la metafora elaborata dall'Islam sunnita, e si è conclusa la possibilità di utilizzare il ragionamento assertivo al fine di evitare che il potere temporale potesse influire e manipolare le opinioni dei dotti.

L'elemento che connota la [chiusura della porta dello sforzo] è l'informalità: non ci fu alcun ordine di chiusura proveniente dall'alto. Ad un certo punto nella Storia si concordò semplicemente che, data la natura della tradizione, ulteriori sforzi non sarebbero più stati compatibili con essa. Nello stesso periodo, anche le altre scienze islamiche da cui l'Occidente aveva tratto largamente ispirazione (dalla matematica, alla medicina, all'astronomia) si arrestarono.

Da allora, la forma principale del pensiero islamico e il suo stile sono stati caratterizzati dal [*taqlīd*], descritto per lo più come "imitazione", così che il giurista non poteva fare altro che riferirsi all'autorevole opinione espressa dai dotti prima della chiusura della porta dello sforzo interpretativo, anche se, per alcuni (Weiss 1978, p. 207), l'innovazione a cura dell'interprete non è mai stata eliminata del tutto. Il *taqlīd* "è forse il tipo più discreto di razionalità interstiziale, quello di una deliberata ed esplicita volontà di mettersi in ombra" (Glenn 2011, p. 330). Nella pratica è consistito nella ricopiatura di testi giuridici precedenti.

Recentemente si discute se non sia necessario riaprire la porta dello sforzo interpretativo almeno per i precetti coranici meno chiari; vi è addirittura chi afferma che essa è già stata riaperta, e persino chi dice che non è mai stata chiusa (su questo dibattito cfr. Glenn 2011, p. 347). Il rinnovamento delle attività bancarie islamiche e della concezione complessiva dell'economia, sviluppata soprattutto dall'Islam sciita, testimonierebbe che l'*ijtihād* ha luogo. Così, la modernità entra in conflitto con la tradizione, il rinnovamento entra in collisione con il dogma dell'immutabilità della *Shari'a*, e la discussione sembra destinata a continuare e a dare luogo a quella che si potrebbe tradurre in una nuova teoria del diritto islamico.

DOCUMENTO 3: *L'approccio evolutivo secondo Abdullahi Ahmed An-Na'im* (2011, p. 76 ss.; v. anche *Supplemento casi e materiali*)

Può essere utile iniziare citando la caratterizzazione che Fazlur Rahman fa delle difficoltà incontrate dal modernismo islamico: «lo svantaggio della società musulmana nella congiuntura attuale è che mentre nei primi secoli di sviluppo delle istituzioni sociali nell'Islam quest'ultimo partiva da zero, per così dire, e doveva creare una struttura sociale *ab initio* – un'attività che produsse il sistema sociale medievale – oggi che i musulmani devono affrontare una situazione di ripensamento e di ricostruzione radicale il loro problema più urgente è proprio quello di stabilire fino a che punto si debba ripartire da zero, e da quali principi e metodi, per creare un nuovo insieme di istituzioni».

A rigore l'Islam non partì da zero perché non si formò in un vuoto religioso, sociale, economico e politico. Per sua stessa definizione l'Islam era la continuazione e il culmine della tradizione abramitica. Inoltre il diritto islamico della *Shari'a* adottò e modificò molti aspetti della prassi e delle consuetudini arabe pre-islamiche. Nondimeno i primi musulmani avevano l'atteggiamento mentale e l'orientamento psicologico di chi parte da zero, perché credevano di avere i principi e i metodi per «creare una struttura sociale *ab initio*». Questo atteggiamento mentale e questo orientamento psico-

logico sono andati perduti e oggi dobbiamo recuperarli affinché l'impresa islamica possa continuare la sua missione fondamentale.

Un modo possibile di recuperare questa iniziativa creativa, una via d'uscita islamica dallo stallo della riforma del diritto sharaitico, è quello proposto dal compianto autore sudanese, l'*Ustadh* Mahmoud Mohamed Taha. La premessa fondamentale dell'*Ustadh* Mahmoud è quella secondo cui un esame attento del contenuto del Corano e della Sunna rivela due livelli o fasi del messaggio dell'Islam, corrispondenti uno al periodo meccano e l'altro al successivo periodo medinese. Egli sostiene inoltre che il messaggio del periodo meccano è in realtà il messaggio eterno e fondamentale dell'Islam, che sottolinea la dignità innata di ogni essere umano senza distinzione di genere, fede religiosa, razza, ecc. Quel messaggio era caratterizzato dall'uguaglianza fra uomini e donne e dalla completa libertà di scelta in materia di religione e di fede. Sia la sostanza del messaggio dell'Islam che il modo in cui veniva diffuso nel periodo meccano si fondavano sull'*ismah*, la libertà di scegliere senza alcuna forma od ombra di costrizione o coercizione.

Quando quel livello superiore del messaggio fu rifiutato in modo violento e irrazionale e fu dimostrato praticamente che la società nel suo insieme non era ancora pronta per la sua attuazione, fu lanciato e attuato il messaggio più realistico del periodo medinese. In questo modo alcuni aspetti del messaggio del periodo meccano inadatti a essere messi in pratica nel contesto storico del settimo secolo furono sospesi e sostituiti dai principi più pratici rivelati e attuati nel periodo medinese. Tuttavia l'*Ustadh* Mahmoud riteneva che gli aspetti sospesi del messaggio meccano non avessero perduto per sempre il ruolo di fonte del diritto, ma fossero stati rinviati al futuro per essere attuati in circostanze più appropriate. Altrimenti, egli sosteneva, gli aspetti superiori ed eterni dell'Islam sarebbero andati perduti irrimediabilmente.

È di importanza cruciale per la tesi dell'*Ustadh* Mahmoud che il cambiamento sia avvenuto in risposta alle necessità dell'epoca. Se il messaggio più antico e più alto non si prestava ad essere messo in pratica nelle circostanze del settimo secolo, ci si può chiedere perché Dio l'abbia rivelato e abbia chiesto al Profeta di diffonderlo. Forse Dio non conosceva le necessità dell'epoca quando rivelò il primo messaggio al Profeta e gli chiese di diffonderlo? Per rispondere a questa domanda logica l'*Ustadh* Mahmoud nega con fermezza la possibilità che Dio fosse ignorante e argomenta che il messaggio irrealizzabile della Mecca fu rivelato per due motivi. In primo luogo, e in conformità al credo musulmano, il Corano è la rivelazione finale e il Profeta Muhammad è l'Ultimo profeta. Di conseguenza il Corano doveva contenere, e il Profeta doveva diffondere, tutto quello che Dio voleva annunciare ai posteri, ciò che doveva essere attuato subito e ciò che doveva essere attuato in futuro in circostanze più appropriate. Il secondo motivo riguarda la dignità e la libertà che Dio ha concesso a ogni essere umano. Nel rispetto della loro dignità e della loro libertà Dio voleva che tutti gli esseri umani imparassero con la loro esperienza pratica l'inapplicabilità del primo messaggio meccano, che fu quindi sospeso e sostituito dal più pratico messaggio medinese. In questo modo i fedeli si sarebbero convinti in modo più forte e più autentico della praticabilità del messaggio che fu diffuso e infine attuato nel periodo medinese. (...)

Per i fini di questa nostra riflessione la conseguenza più importante degli argomenti addotti dall'*Ustadh* Mahmoud è che il diritto pubblico della Shari'a si è fondato sul Corano e sulla Sunna del periodo medinese e non sul Corano del periodo meccano. Come spiegheremo nel paragrafo seguente, i giuristi fondatori ottennero questo risultato con l'uso del *naskh*, sostenendo che i passi del Corano e della Sunna del periodo medinese avevano revocato o abrogato, agli effetti del diritto positivo sharaitico, tutti i passi incompatibili del precedente periodo meccano. Il problema che si pone allora è se questo *naskh* sia permanente, rendendo con ciò i precedenti passi del periodo meccano senza valore per i posteri. Secondo l'*Ustadh* Mahmoud questo è impossibile perché se così fosse le rivelazioni precedenti sarebbero state inutili. Egli ha anche sostenuto che considerare il *naskh* permanente significava privare i musulmani della parte migliore della loro religione. In altre parole, l'*Ustadh* Mahmoud sosteneva che il *naskh* era stato un processo essenzialmente logico e necessario per l'applicazione dei passi coranici appropriati e per rimandare l'attuazione degli altri al momento in cui si fossero verificate le circostanze adatte.

Rispetto alle questioni di diritto pubblico discusse in questo libro, l'*Ustadh* Mahmoud auspica un'evoluzione delle basi del diritto islamico partendo dai testi del periodo medinese per risalire a quelli del precedente periodo meccano. In altre parole, il principio evolutivo dell'interpretazione consiste semplicemente nell'invertire il processo del *naskh*, o abrogazione, in modo da tradurre in diritto vigente i testi abrogati in passato, con la conseguente abrogazione dei testi recepiti dalla Shari'a. I versetti che sono stati recepiti dalla Shari'a devono essere abrogati e i versetti che sono stati abrogati devono essere tradotti in diritto islamico positivo. Poiché questa proposta consiste nell'utilizzare una serie di testi del Corano e della Sunna invece di un'altra per fondare dei principi moderni di diritto pubblico, il corpo di leggi risultante sarebbe altrettanto islamico della Shari'a storica. È vero che, come afferma Erwin I.J. Rosenthal, «l'Islam senza la Shari'a (non necessariamente la Shari'a classica medievale) non è più storico». Ritengo che un sistema di diritto pubblico fondato sul Corano e sulla Sunna, sebbene «non necessariamente la Shari'a classica medievale», sarebbe la «Shari'a» moderna. Per comprendere meglio questa proposta e valutarne la validità teorica dobbiamo esaminare la natura e le implicazioni del *naskh* nella giurisprudenza islamica.

1.4. Sunniti, Sciiti e Scuole

Le divisioni interne all'Islam hanno prodotto scissioni e Scuole: la prima grande scissione ha portato alla distinzione fra [*sunniti*], coloro che sostengono che il Califfo, successore del custode del messaggio divino, debba essere eletto dalla comunità, e [*sciiti*] coloro che considerano legittimi solo i discendenti dalla stirpe di 'Ali ibn Abī Tālib, il quarto Califfo, cugino e genero di Maometto.

I sunniti, già a partire dall'VIII secolo d.C./II secolo dell'Egira, si sono divisi in quattro Scuole principali, che prendono il nome dei maestri sul cui insegnamento sono basate.

Si distinguono:

✓ gli *hanafiti* (da *Abū Hanīfa al-Nu'mān*) la scuola più antica e prestigiosa, ed oggi quella maggiormente diffusa: Iraq, Siria, Libano, Giordania, Israele, Palestina, Egitto, Turchia, area balcanica, ex-Repubbliche socialiste sovietiche, Bangladesh, India, Cina; secondo gli *hanafiti* si può ricorrere abbastanza liberamente all'analogia (*qiyās*) e alla libera opinione (*ra'y*);

✓ i *malikiti* (da *Anas ibn Mālik*) maggioritaria in Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Mauritania, Nigeria e altri paesi dell'Africa sub-sahariana; scuola che ricorre sovente all'analogia e ha introdotto il concetto di interesse generale (*Istislah*, v. § 1.2), coincidente con il bene pubblico;

✓ gli *sciafiiti* (dal maestro *Muhammad ibn Idrīs al-Shāfi'ī* profondo conoscitore delle scuole precedenti, a tal punto da tentarne una sintesi) presenti in Egitto, Palestina, Giordania, Libano, Siria, Arabia sud-occidentale, Africa orientale, India, Pakistan, Asia centrale e sud-orientale, che ammettono il ricorso alla libera opinione (*ra'y*), ma attribuiscono il primato agli *abadīth* del Profeta rispetto a quelli posteriori, e rifiutano il ricorso all'equità (*Istihsan*) (§ 1.2);

✓ gli *hanbaliti* (da *Ahmad ibn Hanbal*) scuola predominante in Arabia Saudita e Qatar, nonostante abbia avuto origine nella Baghdad del II secolo dell'Egira; gli

hanbaliti sono i più ortodossi e non ammettono il ricorso a fonti che non siano quelle rivelate, Corano e Sunna.

Ad ognuna di queste scuole era stata riconosciuta pari validità: era necessario aderire ad una scuola, ma era possibile ricondurre un singolo contratto, negozio o istituto ad una scuola diversa ed i giudici potevano persino applicare le regole di una scuola diversa rispetto a quella generalmente seguita nel paese; inoltre, era sempre possibile cambiare scuola (Gambaro-Sacco 2018, p. 327).

Gli sciiti a loro volta si sono divisi in:

- ✓ *sayditi*, scuola ufficiale nello Yemen;
- ✓ duodecimani o *imamiti*, una scuola diffusa in Iran, Iraq, India, Pakistan, Arabia Saudita, area del Golfo Persico che sottolinea l'infallibilità dell'*Imam* (altro termine per indicare il Califfo, cioè il vicario di Maometto, guida dei credenti), discendenti da 'Alì;
- ✓ settimani o *ismailiti* in India, Pakistan, Iran, Asia centrale, Golfo persico, Nord-Africa e Tanzania, che riconoscono come fonti il Corano, la Sunna e l'opinione indiscussa dell'*Imam*;
- ✓ *kharigiti*, in particolare gli ibaditi, in Oman, Tunisia, costa orientale dell'Africa, che ritengono che il Corano sia stato creato e che, pertanto, non sia immutabile. I *kharigiti* sono considerati una terza via tra sunniti e sciiti.

Un'accesa controversia dovuta principalmente agli studi di E. Said (1999 [1979]), che ha criticato l'immagine di un Islam monolitico, assumendo che questa immagine sia stata una creazione degli occidentali volta a definire la superiorità del pensiero occidentale come più evoluto e dinamico, ha portato gli studiosi a chiedersi se esista un solo Islam o piuttosto "più Islam": la risposta dipende da quali informazioni si deciderà di privilegiare.

Se si interroga un teologo, la sua risposta sarà che l'Islam è uno e si tratta di un mondo omogeneo. Se si guarda, invece, alle dinamiche contemporanee dei sistemi giuridici dei paesi islamici, alle differenti versioni dell'Islam, alle varie scuole interpretative, alle varie versioni nazionali della *Shari'a*, allora si tenderà ad accogliere una nozione "al plurale" di Islam. Taluni autori sottolineano che l'identità islamica è complessa e tardiva in rapporto alle altre identità culturali: si sarebbe creata intorno al X secolo d.C./IV secolo dell'Egira, con il consolidarsi della Comunità dei credenti, la *Umma* (Hourani 1992, p. 47 ss.) e, principalmente per questa ragione, sarebbe di per sé ricca e pluralista.