

Principi sciaraitici e Costituzione: un binomio da ripensare

di Giovanna Spanò

Abstract: Rethinking Sharī'a principles and Constitutions – This paper aims at assessing the dynamics concerning comparative methodology, the Islamic model(s) and systems, with a focus on the interdependence between Religion, Politics and the Law. The investigation will be carried out from a macro-comparative perspective on the sources of law, analysing the outcomes also at the micro-comparative level. Moreover, transformative interpretation will be highlighted as a crucial tool in order to detect particularistic data, as well as the effects of transplants, convergence or resistance between models. In addition, Tradition in itself will be evaluated in its interactions with different patterns and features depending on local specificities. Thus, it may well frame legal systems in multifarious ways, as it will be stressed through three case studies addressing the role of Sharī'a principles in Egypt, Turkey and Tunisia.

Keywords: Transformative Constitutionalism - Convergence - Sharī'a - Rule of Law – Rule of Tradition

1. Alcune riflessioni introduttive

Il presente contributo si propone come “tentativo” di (ri)lettura di alcune dinamiche inerenti al modello sciaraitico¹ non come statico, monolitico o unitario e, anzi, con la preliminare consapevolezza delle difficoltà di restringere il campo d'indagine, tralasciando al margine ulteriori sfaccettature.

Ribadire il dato tradizionale come elemento strutturale, anziché prendere atto del dinamismo interno a ciascun sistema, porterebbe, forse, a ignorare i percorsi in cui alcuni Paesi a maggioranza musulmana scelgano di muoversi.

¹ Con questa espressione ci si riferisce al rilevamento, a livello “macro”, della *Sharī'a* tra le fonti. La declinazione del termine al singolare può, però, risultare problematica. In primo luogo, bisognerebbe tener conto della differenza tra *Sharī'a* e *fiqh* e, secondariamente, della non (perfetta) coincidenza tra *Sharī'a* coranica e *Sharī'a* islamica. In aggiunta, potrebbe notarsi non solo come il sostrato “tradizionale” non si esaurisca in quello “religioso”, ma anche come, all'interno dei diversi sistemi, esso ben possa assumere molteplici sfaccettature, mostrandosi non “univoco” nella formulazione. In modo efficace: “Since 1950, a large number of Arab countries have enacted constitutions containing provisions that declare Islamic norms to be a source of legislation. Some refer to “fiqh,” others to “sharī'a,” and still others to “the principles of sharī'a”, C. B. Lombardi, *Constitutional Provisions Making Sharī'a “A” Or “The” Chief Source Of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?*, in *University of Washington School of Law, 28 Am. U. Int'l L. Rev* (2013), 773.

In aggiunta, se “principi sciaraitici e Costituzione” sia un binomio da ripensare, più che un’affermazione, è un interrogativo. Interrogativo, questo, che invita a riflettere come di interpretazione pur sempre si tratti, forza incontrovertibile, elemento in sé trasformativo del modello, evidenziato anche dalle diversificate dottrine², nonché dai diversi filtri metodologici – non sempre convergenti – che ciascuna disciplina “di partenza” ponga per sviluppare l’analisi³. Tale circostanza costituirebbe un indizio ineludibile sulle multiformi soluzioni che possano darsi, variabili anche in base alle esigenze di risposta. Proprio l’interpretazione assume, d’altronde, una funzione proattiva insostituibile, anche in assenza di uno specifico dato positivo.

Tenute in considerazione le tendenze a rinvenire delle caratteristiche “islamiche” come unitariamente date o necessariamente legate al *fiqh* – la ‘tradizione’ giurisprudenziale, la componente di *pastness*, per dirlo con Glenn⁴ – la formulazione di “altro” diritto testimonia, però, di una direzione diversa, da indagare al di là dei (soli) rapporti tra i trapianti, *Rule of Law* (liberale) e la dimensione tradizionale, come, ad esempio, le Carte regionali dei diritti – certamente non “diritto islamico” – mostrano. A proposito della previsione della *shari’a-as-source-of-legislation clause* (“SSL”), poi, risulterebbe immediato, ma forse poco proficuo, concentrarsi soltanto sulla posizione nella gerarchia delle fonti, come “una” o “la” norma suprema e fondamentale. Tale direzione coglierebbe una prospettiva parziale, dovendosi, forse, attestare se la presenza di simili previsioni possa fare la *differenza* nella generale

² Al di là della nota pluralità di voci nella dottrina islamica “classica”, tanto sul versante filosofico-politico, quanto su quello giuridico, basti qui richiamare due dottrine molto influenti del secolo scorso. Entrambi pakistani, al-Mawdūdī e Muhammad Asad (per la verità, pakistano d’adozione, essendo questi di origine austriaca – Leopold Weiss – e in precedenza di fede ebraica), partendo dalla medesima “base sciaraitica” costruiscono concezioni piuttosto differenti dello “Stato islamico”. Il primo, com’è noto, teorizzò una *teodemocrazia*, il secondo, invece, una sorta di stato (islamico) di diritto. Cfr., S.A.A. Maududi, *Islamic Law and Consitution*, Lahore, Islamic Publication, ed. 1995, Trad. di K. Ahmad e M. Asad, *The Principles of State and Government in Islam*, Berkley and Los Angeles University of California Press, ed. 1961.

³ Non pare, ad esempio, che la circostanza per cui il Marocco – che ha “ospitato” la redazione della Dichiarazione di Marrakech sulla protezione delle minoranze religiose – abbia subito le influenze del diritto francese possa ritenersi sufficiente quale *ratio* giustificativa di simile elaborazione. In prima istanza, il “trapianto” francese non è confinato all’esperienza marocchina e, per tali ragioni, non spiegherebbe nulla di più rispetto al “luogo” in cui sia stata siglata. Secondariamente, non appare affatto trascurabile che la Dichiarazione di Marrakech, al pari delle Carte dei diritti “regionali”, abbia convogliato firmatari provenienti da diversi sistemi “a maggioranza musulmana”, a dimostrazione di come la concezione del diritto islamico, di stampo tradizionale, non possa (ancora) rappresentare l’unico termine di paragone nella valutazione della produzione normativa dei singoli ordinamenti, a fronte di un’interazione decisamente più dinamica e diretta tra più livelli (eterogenei) di fonti.

⁴ Per la tradizione anche come ‘changing presence of the past’, H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2014; *A Concept of Legal Tradition*, in *Queen's L.J.*, 427, (2008); *Legal Families and Traditions*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006.

architettura costituzionale e ordinamentale di un sistema, potendo la Costituzione dinamica finanche farne a meno. Si può notare inoltre – citando Clark Lombardi – come non sarebbe utile concentrarsi in modo ‘miope’ sulla formulazione testuale delle *sharī’a supremacy clauses*, giacché: “la maggior parte delle clausole SSL, comprese le clausole che si ritiene richiedano alla legge di rispettare la *sharī’a*, hanno avuto sorprendentemente scarso impatto diretto sui sistemi giuridici. Molto semplicemente, le Corti si sono dimostrate incapaci o non disposte a usarle in modo aggressivo per rimodellarli. La storia suggerisce che è difficile generalizzare sull’impatto delle clausole SSL che richiedono allo stato di rispettare l’Islam, ed è particolarmente difficile generalizzare sull’impatto che hanno sullo stato di diritto liberale... [bisogna] chiedersi se una clausola avrà un impatto e, in caso affermativo, dire che il tipo di impatto dipende da fattori contestuali che differiranno da paese a paese e che possono evolversi a loro volta in anni futuri”⁵.

Per questo, le risposte all’interrogativo posto in apertura non possono essere definitive. Tale impossibilità, però, non è dettata da una intrinseca specialità del modello sciaraitico, osservazione che pare superata dalle commistioni possibili e le effettive interdipendenze tra principi, fonti e livelli di fonti realizzatesi, ad esempio, con la Dichiarazione di Marrakech del 2016⁶ – che richiama tanto la Carta di Medina⁷, quanto il *fiqh* e il diritto internazionale – ma riposa concettualmente su un piano altro. Posto che il “modello” euro-occidentale si sia trasformato a tal punto da non poterne parlare (ancora) al singolare, per tendenze centripete e poi centrifughe, nonché frammentarie, vedendo sempre più assottigliarsi perfino le “tradizionali” e manualistiche distinzioni tra *common law* e *civil law*, non si vedrebbe un motivo determinante per partire da premesse differenti nei confronti di quello islamico.

Si tratta, semmai, della diversa esigenza metodologica di pensare al “sistema” islamico, qui inteso non in senso comparatistico, ma onnicomprensivo⁸, insieme con i formanti, soprattutto quello politico e giurisprudenziale. Inoltre, rileggere alcuni principi generali rielaborati dalla dottrina contemporanea non

⁵ C. B. Lombardi, *Constitutional Provisions Making Sharī’a “A” Or “The” Chief Source Of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?*, cit., 773.

⁶ Si tratta di una Dichiarazione relativa alla tutela delle minoranze religiose nei Paesi a maggioranza musulmana, siglata nel gennaio 2016 da rappresentati di diversi “Paesi musulmani”, capi di stato e studiosi appartenenti a diversi indirizzi e orientamenti dottrinali. Per un approfondimento sul suo contenuto, si rinvia a www.marrakeshdeclaration.org/. Sul punto, cfr., G. Anello, *The concept of “contractual citizenship” in the charter of Medina (622 c.e.). A contemporary interpretation*, in *Islamochristiana*, 46 (2020), 47–75.

⁷ Cfr., tra gli altri, S.A. Arjomand, *The Constitution of Medina: A Sociolegal Interpretation of Muhammad’s Acts of Foundation of the ‘Umma’*, in *International Journal of Middle East Studies*, vol. 41, No. 4, (2009); U. Rubin, *The ‘Constitution of Medina’ Some Notes*, in *Studia Islamica*, No. 62, (1985); N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh, 1978.

⁸ Ovvero, come *Weltanschauung*, una “ideologia della prassi”, un sistema che “sintetizza gli atti sociali e gli atti del culto”. Per queste definizioni, si veda M. Campanini, *Ideologia e politica nell’Islam. Fra utopia e prassi*, Bologna, 2008.

sarebbe tanto sinonimo di orientalismo *in reverse*⁹, volto a stilizzare la vivacità del sistema nel suo aspetto dinamico. A ben vedere, sarebbe soltanto un “tentativo” attraverso cui scorgere gli elementi trasformativi interni e inerenti al modello, dimostrati inequivocabilmente anche dalle riforme (e revisioni) operate sul contenuto delle Carte costituzionali di diversi sistemi e dal costante dialogo con l’arena internazionale. Tra universalismi e tra universalismo e particolarismo, a tratti, forse, nel senso di un volontario accantonamento dell’elemento particolare. Un approccio eccezionalista¹⁰, infatti, non solo potrebbe inibire la comprensione di sistemi misti¹¹ o di processi di ibridazione, ma anziché porre barriere a una forma di imperialismo giuridico (e concettuale), sancirebbe solo una aprioristica divergenza o “resistenza” tra sistemi e modelli, viziando infine i risultati relativi anche a eventuali convergenze¹². Negare questa evidenza, cioè, porterebbe allo stesso modo a una prospettiva essenzialista, esotizzante, di un modello “interpretabile” soltanto alla luce di un lessico o degli strumenti “rispettosi” della tradizione, là dove essi non vengano “invocati”, rivendicati o riappropriati dalle voci “interne” allo stesso modello. Al di là, insomma, di determinate caratteristiche o qualità della tradizione, si possono distinguere ed enucleare tendenze diverse tanto dall’imitazione quanto dall’acculturazione giuridica, dall’adattamento forzato a modelli giuridici esterni o a fonti eteronome.

Ciò pare confermato anche dalla circostanza per cui uno Stato islamico – “tradizionalmente” inteso – sia praticamente assente nel panorama contemporaneo, il quale presenta, semmai, molteplici modelli islamici di Stato, oppure Stati nazione *tout court*¹³.

La presenza della *sharī’a*, dunque, costituisce un rilevante motivo, ma non anche l’unico sufficiente, per determinare quale assetto un ordinamento

⁹ A.A. An-Na’im, *Islam and the Secular State. Negotiating the future of Sharī’a*, Cambridge, Massachusetts, 2008.

¹⁰ A proposito di “eccezionalismo arabo”, cfr. S. Zubaida, *Islam, popolo e stato. Idee e movimenti politici in Medio Oriente*, Milano, 2010; L. Binder, *Exceptionalism and Authenticity: The Question of Islam and Democracy*, in *The Arab Studies Journal*, vol. 6, No. 1, (1998); E. Hurd, *Appropriating Islam: The Islamic Other in the Consolidation of Western Modernity*, in *Critical Middle Eastern Studies*, 12 (1), (2003). Si segnala, naturalmente, E.W. Said, *Orientalismo. L’immagine europea dell’Oriente*, Milano, 1999.

¹¹ Cfr., ad esempio, l’analisi di I. Castellucci, *How Mixed Must a Mixed System Be?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, (May 2008); V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems... and the Myth of Pure Laws*, in *Louisiana Law Review*, Vol. 67, No. 4, (2007); S.P. Donlan, *Remembering: Legal Hybridity and Legal History*, in *Comparative Law Review*, Vol 2, No 1, (2011); E. Cashin-Ritaine, S. P. Donlan, M. Sychold (eds.), *Comparative Law and Hybrid Legal Traditions*, Zürich, 2010.

¹² Ci si riferisce, qui, alle note categorie elaborate da V. C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, in *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 1, (2005), 109-128.

¹³ Cfr., M. Campanini, *Storia del Medio Oriente Contemporaneo*, Bologna, 2006, 259; J.P. Vatikiotis, *Islam: Stati senza nazioni*, Milano, 1993; N. Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State*, Princeton and Oxford, 2008; J.P. Piscatori, *Islam in the political process*, Cambridge, 1983, *Islam in a world of Nation-States*, Cambridge, 1986; C.E. Butterworth, I.W. Zartman, (eds.), *Between the State and Islam*, Cambridge, 2001; A. Black, *The history of Islamic Political Thought. From the Prophet to the Present*, Edinburgh, 2001.

presenti, dipendendo esso dalla seguente analisi se essa agisca, in quel preciso frangente, da diritto, da politica, o da tradizione, impiegando le note categorie formulate dalla tassonomia di Mattei e Monateri¹⁴. In un sistema nella sua componente dinamica, essa potrebbe tanto giustificare un regime accentrato, quanto configurarsi come strumento di rivendicazione contro l'oppressione, favorendo, appunto, i più disparati "impieghi" che l'elemento politico prospetti¹⁵. Per questo, si rende necessario tornare al dato positivo per verificare se delle nuove (e uniformi) tendenze possano riscontrarsi a livello costituzionale¹⁶, oppure se si possa rinunciare definitivamente all'"unicità" – con tutte le sfaccettature che essa evoca – del modello e iniziare a declinare il termine al plurale: "i modelli" sciaraitici. Di fatto, la presenza della *shari'a* tra le fonti appare un dato eccessivamente sovraccaricato ed enfatizzato, anche a livello macro-comparativo, in assenza di valutazioni relative alla *Rule of Politics* o, ancora, alle interazioni tra la forma di governo e finanche alle dinamiche partitiche interne a ciascun sistema. Indagine, questa, propedeutica, essenziale e preliminare per comprendere se *quella shari'a supremacy clause* possa fare la differenza nell'architettura costituzionale complessivo di un sistema.

2. Principi sciaraitici e sistemi: alcuni esempi di pluralità del modello, oltre la *Rule of Tradition*

A tal fine, verranno forniti tre esempi sulle interazioni tra principi sciaraitici e Costituzione¹⁷, *rectius* assetto costituzionale, non mediante un criterio

¹⁴ Si rimanda, chiaramente, a U. Mattei, *Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *The American Journal of Comparative Law*, 45, no. 1, (1997).

¹⁵ Come afferma Campanini: "in nome dell'Islam si potrebbero giustificare la tirannia quanto la democrazia, il capitalismo quanto il socialismo o l'anarchia. Ciò in parte spiega perché le istituzioni liberali abbiano faticato a trovare corrispondenza nel mondo islamico: i modelli dei sistemi politici elaborati in Europa [...] sono stati comunque «importati», M. Campanini, *Islam e politica*, Bologna, 1999, 27-28. Cfr., inoltre, R.D. Lee, *Overcoming Tradition and Modernity. The search for Islamic Authenticity*, Oxford, 1997; M.K. Masud, A. Salvatore, M. Van Bruinessen (eds.), *Islam and Modernity, key issues and debate*, Edinburgh, 2009; A.S. Moussali, *The Islamic Quest for Democracy, Pluralism and Human Rights*, Gainesville, 2001; L.C. Brown, *Religion and the State. The Muslim Approach to politics*, New York, 2000; M.A. Bamyeh, *Dialectics of Islam and Global Modernity*, in *The International Journal of Social and Cultural Practice*, vol. 46, no. 2, (2002); A. Ahmed, H. Donnan (eds.), *Islam Globalization and Postmodernity*, London, 1994; M. Ayoub, *The many faces of political Islam: Religion and politics in the Muslim World*, Michigan, 2009; N. Ayubi, *Political Islam: Religion and Politics in the Arab World*, London, 1993; J. Giles, A. Pin, F. S. Ravitch, *Law, Religion and Tradition*, Berlino, 2018; Y. Ben Achour, *La tentazione democratica. Politica, religione, diritto nel mondo arabo*, Verona, 2010; S. Calderini, *Islam and Diversity: Alternative Voices within Contemporary Islam*, in *New Blackfriars*, vol. 89, No. 1021, (2008), D.F. Eickelman, A. Salvatore, *Public Islam and the Common good*, in *Etnográfica*, Vol. X (1), (2006); W.E. Shepard, *Islam and ideology: Towards a Typology*, in *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 19, No. 3, (1987), 307-335.

¹⁶ Per una panoramica sui sistemi, si rinvia a V. M. Donini, D. Scolart, *La shari'a e il mondo contemporaneo. Sistemi giuridici dei paesi islamici*, Roma, 2020.

¹⁷ Sulle difficoltà, le insidie e le problematiche metodologiche della *case selection* nel diritto

geografico, ma, piuttosto, per il diverso ruolo che la *sharī'a* svolge nei diversi *comparanda*. Saranno, dunque illustrati: il caso egiziano, in cui essa costituisce la fonte suprema e fondamentale; il caso turco in cui la *sharī'a* non compare tra le fonti, posto, al contrario, un “particolare” principio di laicità (*laiklik*)¹⁸ e, infine, qualche osservazione *in itinere* sul caso tunisino, in cui l'Islam è sì religione maggioritaria – non di Stato, “l'Islam è la religione della Tunisia”, locuzione non casuale – ma il peso della *sharī'a* nel sistema è dipeso più da dinamiche costituzionali (e politiche), anziché dal dettato costituzionale. Questo *excursus*, allora, fungerà da cartina di tornasole su come la forma di governo e le interazioni politiche – partitiche e istituzionali – all'interno di ciascun sistema possano sovente fare la *differenza* già all'interno di un modello staticamente inteso.

2.1. Il caso egiziano: l'Islam (e la *sharī'a*) come *Rule of (Professional) Law*

Com'è noto, la rivoluzione del 2011 pone fine al trentennio della Presidenza di Hosni Mubārak, il quale, di fronte alle forti rivendicazioni, è (sospeso e) sostituito dal Consiglio Supremo delle Forze Armate (CSFA). Proprio in seno a tale clima prese l'avvio una nuova fase costituente, testimone di rinnovate istanze sociali e della fine di un'epoca. Nel marzo dello stesso anno la “dichiarazione costituzionale” è approntata, lasciando tuttavia irrisolte le perplessità in relazione alla transizione nel suo complesso. La *draft constitution*, poi, elaborata dal Consiglio Supremo delle Forze Armate, ha sancito la sospensione dell'efficacia della Costituzione del '71 e determinato l'inizio di una nuova fase transitoria, in cui si susseguirono diverse Dichiarazioni costituzionali. In un clima di dissonanti opinioni e polemiche, la Fratellanza Musulmana sortisce partito di maggioranza nelle elezioni dell'autunno del 2011 e del marzo dell'anno seguente, consacrazione riconfermata con l'elezione di Muḥammad Mursī alla Presidenza a metà del 2012. Come è stato notato, però, gli errori formali commessi dai Fratelli Musulmani sono stati utilizzati tanto dalla Corte egiziana, quanto dai militari, per “svuotare la piattaforma istituzionale” su cui tale vittoria si era appuntata, attraverso delle dichiarazioni costituzionali del CSFA e non di un testo costituzionale in senso stretto (e tecnico)¹⁹. La stesura finale e l'adozione della Costituzione avverranno sotto la presidenza di Mursī nel dicembre del 2012, mediante approvazione referendaria. L'articolo 1 recita che la Repubblica Araba egiziana è uno stato indipendente e sovrano e l'articolo 2 statuisce che la *sharī'a* costituisce la norma suprema

comparato, cfr. R. Hirschl, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, No. 1, (2005), 125-155.

¹⁸ N. Göle, *Manifestations of the Religious-Secular Divide: Self, State, and the Public Sphere*, in *Comparative Secularisms in a Global Age*, New York, 2010, 41-53.

¹⁹ C. Sbailò, *Diritto Pubblico dell'Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, 2015, 110.

e fondamentale. Nondimeno, l'attuale dizione della disposizione citata è frutto di interventi e ripensamenti che si sono avvicendati nel tempo. In particolare, se la *sharī'a* dovesse costituire *la* o *una* norma fondamentale (tra le altre). Nell'*iter* descritto da Clark Lombardi, ad esempio, si nota come nella Costituzione del 1923 – in vigore fino al colpo di stato del '52 – l'Islam fosse stato dichiarato *religione* di stato, ma non si rinvenisse nel testo alcuna supremazia della *sharī'a* come *legge*. Analogamente, durante le costituzioni “provvisorie” del periodo nasseriano, panarabista e nazionalista²⁰. La storia dell'articolo 2 della Costituzione egiziana, infatti, si muove parallelamente alla (tormentata) dialettica con le spinte islamiste in generale e la Fratellanza Musulmana in particolare, giacché fu proprio in un'ottica distensiva dei rapporti con quest'ultima che il successore di Nasser, Sādāt, pensò alla formulazione della clausola SSL (*sharī'a as a source of legislation*). Con un dibattito a più voci sul testo, appunto. Rendere la *sharī'a* “una” fonte del diritto, seppur gerarchicamente sovraordinata, avrebbe finito per relegarla a fonte tra le (altre) fonti, *una* fonte apicale (come un'altra), con notevoli problematiche a cascata sulla sua giustiziabilità, oltreché sui limiti di compatibilità tra il resto della normativa, il diritto positivo, e la *sharī'a* stessa. Scegliendo, *a fortiori*, fino a che punto dovesse essere “misurata” la legittimità dei primi rispetto alla seconda. Negli anni '80, proprio per assecondare le richieste del fronte islamista, l'articolo 2 fu riformulato come clausola che assicurava alla *sharī'a* una posizione *superiorem non recognoscens*: la (meta)norma suprema e fondamentale, contestualmente all'istituzione di una nuova Suprema Corte costituzionale. Nella Costituzione del 2012, poi, la clausola muterà colore, divenendo, di fatto, il “cardine di una riaffermazione del principio ordinatore islamico, in forza del quale s'impone una ricostruzione della nozione di interesse pubblico su basi arabo-islamiche, in una chiave universale e al tempo stesso nazionale”²¹.

Nel gennaio del 2014, in seguito alla deposizione e all'arresto del Presidente Mursī e a un nuovo regime transitorio, verrà approvata una nuova Costituzione. Quest'ultima si compone di una “parte emergenziale”, una seconda improntata alla “statalizzazione dell'Islam” – con riconfermato potere dell'élite militare – e una terza in cui si sancisce un patto sociale “universalistico e umanitario”, essendo essa costituita, a ben vedere, da “tre Costituzioni anatomicamente distinguibili, ma fisiologicamente inseparabili”²².

²⁰ Cfr., L. Guazzone, *Storia contemporanea del mondo arabo. I paesi arabi dall'impero ottomano ad oggi*, Milano, 2016; *Storia ed evoluzione dell'islamismo arabo. I fratelli musulmani e gli altri*, Milano, 2015; J. Kepel, *Le Prophète et Pharaon: Les mouvements Islamistes dans l'Égypte contemporaine*, Paris, 2014.

²¹ C. Sbailò, *Diritto Pubblico dell'islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, cit, 112. Cfr. inoltre, I. Rabb, *The least religious branch? Judicial review and the new Islamic Constitutionalism*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 17, No. 1/2 (Spring 2013), 75-132.

²² C. Sbailò, *ibid.*, 118.

Il caso egiziano appare qui emblematico, portando a domandarsi quale sia il ruolo riservato al dato costituzionale, rispetto all'atteggiarsi della forma di governo. Esso pare arenarsi ai margini del discorso, tanto a livello dell'organizzazione tra i poteri – talvolta instabile, talaltra soggetta a repentini ripensamenti – quanto sul campo dei diritti fondamentali, fortemente rivendicati durante il periodo “revisionista” inaugurato a partire dal 2012. Data l'evidenza per cui la *shari'a* sia fonte principale e rispetto all'organizzazione materiale dei poteri (della Repubblica araba egiziana), l'Egitto è (solo) per questo motivo definibile come un modello islamico di Stato? Più precisamente, la *shari'a* renderebbe la qualità islamica al sistema, costituirebbe, cioè, un “principio ordinatore”²³, una *Rule of Law* in senso teleologico, non anatomico, quindi krygieriano²⁴. Questo dato consente di decifrare l'apparente contraddizione per la quale in un contesto in cui debba essere l'“Islam”, o, in generale, l'elemento tradizionale a comportare dinamiche reazionarie, le ultime si stiano verificando, nell'attuale congiuntura, per via di un potere “puramente” politico e militare. D'altro canto, può in aggiunta notarsi come (maggiore) islamizzazione del contenuto/assetto costituzionale²⁵ e processi di ‘degradazione’ non procedano necessariamente in parallelo. Elemento dimostrato dall'interpretazione accentrata dell'art. 2 della Costituzione egiziana, di una *shari'a* “statalizzata” grazie all'interpretazione giuridica e all'utilizzo di strumenti inerenti al modello, neutralizzando le *chances* di “islamizzazione del basso”²⁶. In alcuni casi, con una sostanziale convergenza con la *Rule of Law* liberale²⁷, in altri, attraverso un inedito concetto di “stato civile”.

²³ C. Sbaillò, *The Re-Expansion of the Islamic Ordering Principle in a Comparative Constitutional Perspective. Understanding Political Constitutional Transitions in North Africa*, in *Comparative Law Review*, Vol. 7, No.1, (2016).

²⁴ Ovvero, *Rule of law* non come un elenco di caratteristiche fisse e statiche che la legge e le istituzioni devono mostrare, o come mero rapporto e organizzazione dei e tra poteri (approccio anatomico), ma come *telos*. Quindi una risposta “universal, institution-based” su cosa implichi il/la *Rule of Law*, secondo Krygier, non è plausibile, giacché risulta fondamentale tenere sempre in considerazione il contesto (anche sociologico) di partenza, cfr. M. Krygier, *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*, in G. Palombella e N. Walker (eds.), *Re-locating The Rule of Law*, Oxford, 2008; *The Rule of Law: An Abuser's Guide*, in *UNSWLRS*, 4, (2007); *Rule of Law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012; *Rule of Law (and Rechtsstaat)*, in *UNSW Law Research Paper*, No. 2013-52, (2013); *The Rule of Law: Pasts, Presents, and Two Possible Futures*, in *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 12: 199-229, (2016). Cfr, inoltre, un'analisi del *Rule of Law* nelle sue diverse concezioni e accezioni in A. Pin, *Il rule of law come problema*, Napoli, 2021.

²⁵ Si veda, al riguardo, la metodologia “quantitativa” di D.I. Ahmed, M. Gouda, *Measuring Constitutional Islamization: The Islamic Constitutions, Index*, in *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 38:1, (2015).

²⁶ C. Sbaillò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico. Il caso egiziano*, Padova, 2012.

²⁷ C.B. Lombardi, N.J. Brown, *Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law*, in *Am. Univ. Int. L. Rev.*, Vol. 21, Issue 3 Article 3, (2006); A. Pin, *The Arab Road to Dignity: The*

Per quanto concerne il primo punto, infatti, la corte egiziana, fin dalla sua istituzione, avrebbe potuto rifarsi a diversi indirizzi interpretativi, più o meno “tradizionali”. Clark Lombardi, ancora una volta, illustra un *excursus* storico-giuridico sugli itinerari percorribili e, infine, su quelli effettivamente intrapresi. In particolare, questo ventaglio di scelte metodologiche e interpretative derivava proprio dalla formulazione dell’articolo 2 della Costituzione emendata nell’80. Ovvero, dalla sua lettera, che proclamava testualmente la *sharī’a* come la fonte principale. Nonché, come accennato, dai confini di giustiziabilità di simile previsione, che ben avrebbero potuto deporre a favore di uno stretto scrutinio di costituzionalità riguardante tutta la normativa, compreso, ovviamente, anche un controllo di legittimità di essa *pro futuro*. Con un’opera di forte “riaffermazione di sé”, la Corte si mostrò da subito intenzionata a potenziare e rivendicare la propria indipendenza, oltretutto esplicitamente “committed to a philosophy of legal liberalism, which strongly protected negative liberties in the areas of economic regulation and human rights”²⁸. Dopo una prima storica pronuncia del 1989 – una sorta di *Marbury v. Madison* relativa alla reale portata dell’art. 2 della Costituzione nel sistema egiziano, rispetto al diritto positivo²⁹ – dal 1993 in poi la Corte sperimenterà diversi percorsi interpretativi. Sempre attenta, da una parte, a non scontentare le frange islamiste delle istituzioni – e dell’opinione pubblica – dall’altra, a seguire un percorso lento e progressivo verso una convinta convergenza con la *Rule of law liberale* (euro-occidentale). Tra i metodi interpretativi “tradizionali” (*neotaqlid* e *neoijtihad*) e quelli “modernisti” sviluppatasi in Egitto (Neo-Tradizionale, neo-*ijtihad* cosiddetto utilitaristico e neo-*taqlid* comparativo)³⁰, la Corte si rifarà a una metodologia ibrida, nei confronti delle prescrizioni e delle “finalità della *sharī’a*”³¹ che lo stato

Goal Of The Arab Spring, in *The Kellogg Institute for International Studies, University of Notre Dame*, April, Working Paper No. 408, (2016); D. I. Ahmed, T. Ginsburg, *Constitutional Islamization and Human Rights: The Surprising Origin and Spread of Islamic Supremacy in Constitutions*, in *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 477*, (2014).

²⁸ C.B. Lombardi, N.J. Brown, *Do Constitutions Requiring Adherence to Shari’a Threaten Human Rights? How Egypt’s Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law*, cit., 417, e inoltre: “A progressive court can thus ‘Islamize’ state law in a way that is consistent with democracy, international human rights and economic liberalism”, 386.

²⁹ Dichiarando l’incostituzionalità di una legge sulla base della portata dell’art. 2 della Costituzione, nonché della non conformità di essa ai principi della *Sharī’a* da lei desumibili; si veda in proposito, Case No. 68 of *Judicial Year 3*, 4 S.C.C. 335 (1989), in C.B. Lombardi, N.J. Brown, *ibidem*, 417, i quali, peraltro, sottolineano l’assenza, in quel caso, dell’esposizione di una teoria interpretativa “compiuta”, che maturerà successivamente e gradualmente. Sul tema, si rimanda, inoltre, a G. Anello, *Sharī’a Costituzionale. Repertorio Codicistico, Contrattualismo Musulmano, Ermeneutica Giuridico-Cognitiva: contributo per una lettura liberale dell’art. 2 della Costituzione egiziana*, in *Rivista AIC*, 3/2016.

³⁰ *Ivi*, 394-414.

³¹ Sul punto, tra gli altri M. H. Kamali, *Maqāsid Al-Sharī’ah And Ijtihād As Instruments of Civilisational Renewal: A Methodological Perspective*, in *Pluto Journals*, ICR 2.2; *Maqāsid Al-*

avrebbe dovuto rispettare. Formulando, al contempo, una “soluzione endogena alla via islamica alla democrazia”³². Peraltro, l’islamizzazione del contenuto costituzionale ha – paradossalmente? – permesso alla Corte di “centralizzare” l’interpretazione della *sharī’a*, ovvero di fornirne una versione autoritativa, statalizzata, che ha comportato, come conseguenza, la sottrazione di queste stesse dinamiche alle spinte di islamizzazione dal basso. Ciò anche come alternativa a un controllo decentrato di costituzionalità, auspicato da Al-Azhar ³³.

L’elaborazione di soluzioni (costituzionali) endogene può apprezzarsi anche rispetto al concetto di “stato civile” elaborato in Egitto – da lì, poi, migrato verso la Tunisia e altri sistemi del Nord Africa³⁴– il quale ha subito slittamenti semantici a seconda del periodo di riferimento. Il dibattito sul tema affonda le radici già agli inizi del secolo scorso, prima che si affacciasse sul panorama costituzionalistico islamico quale oggetto di dibattito “interno”. Come Lavie ricostruisce³⁵ un punto cruciale si rinvia all’indomani della rivoluzione islamica iraniana, in cui si potevano scorgere diverse posizioni, riassumibili in quelle (contrarie) sostenute dagli islamisti, alcune più “centriste”, altre dichiaratamente anti-islamiste e, quindi, più ‘laiciste’. Evidentemente, e conseguentemente, la sfumatura semantica della locuzione sarebbe dipesa soprattutto da ciò che ciascuna frangia ritenesse *politicamente* desiderabile nel contesto egiziano e nei suoi scenari futuri. Si spaziava, sostanzialmente, da una visione di uno Stato “moderno” e non clericale, a uno stato “civile” con una fonte di legittimazione islamica dell’autorità, fino all’erosione del dato religioso da qualsiasi processo relativo alla vita “pubblica” e sociale, nonché in quello politico e decisionale³⁶. Con Mubārak prese forma quest’ultima opzione, vidimata, successivamente, anche dalle correnti islamiste, così creandosi una sorta di “consenso artificioso” che celava fratture non trascurabili sul connotato “civile” rispetto allo stato. In effetti, giacché si trattava di comprendere in che modo potessero muoversi gli ingranaggi dell’elemento religioso rispetto a quello civile: “the institutionalization of the discourse of the civil state created an artificial unification of its content, blurring the deep ideological divide ingrained in Egyptian society regarding the status Islam should have”³⁷. Dopo l’occasione mancata di una sua (definitiva) costituzionalizzazione durante le riforme del 2007, in cui, più che altro, fu sancita una sorta di “supremazia” del principio

Sharī’ah: *The Objectives of Islamic Law*, Islamic Studies, Vol. 38, No. 2, (1999), 93-208.

³² C. Sbaïlò, *Diritto Pubblico dell’islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, cit, 102.

³³ *Ivi*.

³⁴ Cfr., L. Lavie, *The Constitutionalization of the Civil State: The Self-Definition of Egypt, Tunisia and Yemen Following the Arab Uprisings*, in *Religions* 12: 269.

³⁵ L. Lavie, *The Idea of the Civil State in Egypt*, in *Middle East Journal*, Vol. 71, No. 1 (Winter 2017), 23-44.

³⁶ *Ivi*, 26.

³⁷ *Ivi*, 27.

dell'eguale cittadinanza (art. 1), rispetto alla supremazia dei principi sciaraitici, disciplinati “solo” dopo, nella seconda disposizione della Costituzione³⁸, nessuna pietra tombale sulla questione è stata posta nell'avvicinarsi della caduta di Mubarak, del periodo rivoluzionario, della breve esperienza della Fratellanza Musulmana, fino all'avvento di al-Sīsī. Accantonato e ripreso in più occasioni e secondo costanti oscillazioni – appunto – esso ha funto da bandiera più o meno impiegata a favore o contro un processo di ingegneria costituzionale che tenesse conto delle diverse anime del sistema (politico e giuridico) egiziano, per giungere alla sua consacrazione soltanto con la Costituzione del 2019.

2.2. Il caso turco: l'Islam (e la *shar'ā*) come *Rule of Politics*

Analogo – e inverso – discorso fin qui illustrato potrebbe essere condotto per studiare le dinamiche costituzionali della Turchia che, nonostante l'impianto espressamente laico e, anzi, esempio paradigmatico di rivoluzione non islamica³⁹, ha subito una torsione tale da minare i *checks and balances* formali, a livello di forma di governo dinamica⁴⁰. Inoltre, la nota vicenda del *Refah partisi* di Erbakan, disciolto nel 1998 dalla Corte costituzionale turca per via dell'eccessiva “impronta” islamica, non ha inibito la creazione dell'AKP di Erdoğan, ancora a “dispetto” del dato costituzionale, in virtù del quale era stata decretata la chiusura dell'esperienza del precedente partito per incompatibilità di esso con la laicità della Repubblica turca.

Com'è noto, la storia post-kemalista della Turchia ha registrato fasi denotate da governi pronunciati verso lo scacchiere “occidentale”, talune di involuzione autoritaria, talaltre di sostanziale “transizione”, intervallate da reiterati colpi di stato militari che in periodi di instabilità politica e istituzionale hanno fornito spinte ordinatrici con regimi provvisori guidati dall'esercito⁴¹. Quest'ultimo ha scandito, alla stregua di un potere politico parallelo, diversi momenti della storia repubblicana della Turchia, non avendo perso il proprio ruolo essenziale e la legittimazione all'interno del sistema. Le oscillazioni sistemiche della storia politico-costituzionale turca si sono sovente riverberate sui rapporti con la vicina Europa, alternando momenti di apertura e collaborazione reciproche – fino a farne un avamposto del Medio Oriente – a periodi di ripensamenti e cambi di rotta (anche a livello

³⁸ *Ivi.*

³⁹ Al contempo, però, come fa notare Bozarslan: “il sentimento di appartenenza alla Turchia era l'elemento che caratterizzava la nuova nazione turca, ma per essere turchi prima si doveva essere musulmani. In altre parole, la laicità diventava un nuovo denominatore comune della nazione turca solo come complemento al carattere turco e all'Islam”, Cfr., H. Bozarslan, *La Turchia contemporanea*, Bologna, 2006, 42.

⁴⁰ Cfr., V. R. Scotti, *Il costituzionalismo in Turchia fra identità nazionale e circolazione dei modelli*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014.

⁴¹ Cfr., H. Bozarslan, *La Turchia contemporanea*, cit; H. E. Tomuş, B. Aygenç, *(Post-) Kemalist Secularism in Turkey*, in *Journal of Balkan and Near Eastern Studies* 19 (1): 70–85, 2017; N. Berkes, Niyazi, *The Development of Secularism in Turkey*, Montreal, 1964.

geopolitico). In virtù dell'articolo 2 della Costituzione, in ogni caso, la Repubblica turca è uno Stato democratico, *laico* e sociale, caratteristiche discendenti dall'impronta del periodo ataturkiano e non emendabili, come statuito nel successivo articolo 4.

In simile scenario, l'ascesa, a partire dal 2001, del Partito della Giustizia e dello Sviluppo (AKP, *Adalet ve Kalkınma Partisi*), fondato dall'attuale presidente della Repubblica turco Recep Tayyip Erdoğan, ha fatto tornare con prepotenza il ricordo della controversa esperienza del Partito del Benessere, il *Refah Partisi* di Necmettin Erbakan. Quest'ultimo, dopo il parziale successo dell'anno precedente, continuò la propria avanzata registrando un'ulteriore vittoria nel 1995, finché, negli anni immediatamente successivi, la forte ostentazione dell'agenda di ispirazione sciaraitica portò a una ferma reazione dell'esercito, che invitò più volte i vertici del partito (e il governo) a ridimensionare la linea d'azione adottata. Il punto di frizione, poi di rottura insanabile, si concretizzò nell'intervento della Corte costituzionale turca, che oltre a dichiarare chiusa l'esperienza del *Refah*, lo bandì dalla vita politica, irrogando l'interdizione a vita dalle cariche pubbliche nei confronti del suo leader. Riemerse, in quel frangente, il carattere protezionista dell'*establishment* turco verso i propri tratti "identitari": il militarismo kemalista e la *laiklik*, la laicità, della Repubblica⁴². D'altro canto, la discussa sentenza della Corte comportò un ricorso da parte degli esponenti del disciolto partito alla Corte di Strasburgo, per violazione dell'art. 11 della CEDU, relativo alla libertà di riunione e associazione. Nella controversia *Refah Partisi* e altri c. Turchia, la pronuncia resa nel 2001 ha confermato quanto statuito dal giudice costituzionale turco circa l'aspirazione del partito di instaurare una presunta "teocrazia", dichiarando la *sharī'a* incompatibile con i principi fondamentali della democrazia, nonché in patente contrasto con i valori della Convenzione. In particolare, la Corte costituzionale turca aveva rilevato l'incostituzionalità del programma politico del *Refah* in relazione agli articoli, tra gli altri, 2, 4, 6, 10 comma 1, 14 comma 1, 24 comma 6 della Costituzione, raggruppando, come si legge nella stessa ricostruzione della Corte di Strasburgo, le violazioni intervenute in tre macro-aree. Si trattava, in particolare, di comportamenti sospetti che il partito aveva assunto ingenerando il fondato timore di voler creare un sistema giuridico discriminatorio in base al dato confessionale, di voler applicare la *sharī'a* alla componente musulmana della società, di ricorrere al *jihad* come strumento politico. Il giudice turco, infatti, aveva sottolineato nella propria decisione che la protezione del principio di laicità, oltre a far parte della tradizione nazionale turca, fosse condizione essenziale e irretrattabile per la tenuta dell'ordinamento costituzionale *per se*, ricevendo a posteriori l'avallo della Corte europea. La pronuncia verrà impugnata davanti alla Grande Camera, ma le conclusioni della Corte costituzionale turca saranno ritenute

⁴² H. Bozarslan, *la Turchia contemporanea*, *op.cit.*

(nuovamente) fondate. Tale digressione storica risulta utile per comprendere in quale clima politico si muovesse la nascita e l'ascesa dell'AKP seppur i suoi leaders avessero inizialmente dichiarato un allontanamento dalla precedente agenda⁴³. Tali enunciazioni di principio furono seguite da una politica estera di stampo "liberale", richiamandosi in realtà a una forma di "democrazia conservatrice" (*muhafazakar demokrasi*)⁴⁴. Dal 2002, l'AKP inaugurerà, poi, importanti cambiamenti politici-istituzionali, che coincideranno anche con una nuova fase di trattative con la UE, grazie all'implementazione di riforme mirate⁴⁵ – che mostravano un governo risoluto nella strenua difesa dello "Stato di diritto" – confermate anche negli anni successivi dalla limitazione del potere dell'esercito in seguito alla riforma costituzionale del 2010, prestigio già progressivamente eroso con interventi precedenti. Inoltre, l'AKP, nonostante la conferma come partito di maggioranza nel 2007, conoscerà una importante crisi istituzionale, acuita dalla nomina di Abdullah Gül a Presidente della Repubblica, su proposta dello stesso Erdoğan. Questa manovra politica, infatti, sollevò timori per un'eccessiva concentrazione del potere a danno del pluralismo partitico e le perplessità erano aggravate dalla vocazione "islamica" del partito, che faceva riapparire lo spettro di velleità "teocratiche" nuovamente vicino. La diffidenza veniva alimentata da alcune riforme che tradivano, secondo i detrattori dell'ascesa dell'AKP⁴⁶, un'intenzione marcatamente contraria al concetto di *laiklik* turca. Sicché, la Corte costituzionale fu nuovamente interpellata per valutare la necessità di un eventuale scioglimento del partito, così come era avvenuto nel precedente caso del *Refah*, ipotesi che naufragò con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria. Uno degli obiettivi principali del partito fu l'adozione di una Costituzione che sostituisse quella dell'82, aspirazione che si concretizzerà soltanto nel 2010. L'opposizione ad alcune delle riforme prospettate dall'AKP porterà a infiammare l'opinione pubblica e a stimolare un serrato dibattito, in cui vennero formulate controproposte e bozze di riforme da parte della società civile. Nel 2010, quindi, venne indetto un referendum proprio al fine di valutare la volontà del popolo turco circa l'adozione dei 26

⁴³ Cfr., Ü. Cizre, *Secular and Islamic Politics in Turkey: The Making of the Justice and Development Party*, Routledge, 2008; A.T. Kuru, *Reinterpretation of Secularism in Turkey: The Case of the Justice and Development Party* in M. Hakan Yavuz (ed.), *The Emergence of a New Turkey: Democracy and the AK Parti*, Utah, 2006.

⁴⁴ Per la storia politica e istituzionale, cfr., per tutti, H. Bozarslan, *la Turchia contemporanea*, cit.; L. Nocera, *La Turchia contemporanea. Dalla repubblica Kemalista al governo dell'AKP*, Roma, 2011; S. Ciddi, *Kemalism in Turkish Politics: The Republican People's Party, Secularism and Nationalism*. London, 2008; S. Cevik, T. Hakki, *In Between Democracy and Secularism: The Case of Turkish Civil Society*, in *Middle East Critique* 22 (2): 129–47, 2013.

⁴⁵ Per una critica all'approccio "eurocentrico" che collega la stagione riformista turca soltanto alle "richieste" della UE, si rimanda a Y. Özer, Ç. Nas, *Turkey and the European Union: Processes of Europeanisation*, Farnham, 2012.

⁴⁶ Cfr., M. Hakan Yavuz, E. Öztürk, *Turkish Secularism and Islam under the Reign of Erdoğan*, in *Southeast European and Black Sea Studies* 19 (1): 1–9, 2019.

emendamenti confezionati con la legge n. 5982 del 2010. Tra questi, assunsero un ruolo cruciale il rafforzamento della tutela di alcuni diritti e libertà, la riduzione dei poteri dell'élite militare, cambiamenti nell'organizzazione e articolazione interna della Corte costituzionale. Anche attraverso l'efficacia di slogan quali "non basta, ma votiamo sì" (*yetmez ama evet*) il referendum registrerà la prevalenza dei voti favorevoli.

Per quanto concerne la forma di governo, la Costituzione, pur disegnando un parlamentarismo, ha subito rilevanti modifiche⁴⁷ che hanno, dapprima, ricordato un regime semi-presidenziale, per poi virare, negli ultimi dieci anni, verso un (iper e super) presidenzialismo; un "modello turco", decisamente divergente dal caso statunitense e con esigue affinità rispetto a quello sudamericano. In effetti, in seguito alla legge n. 6771 del 2017, l'articolo 8, relativo al potere esecutivo e alle sue funzioni, dispone che esso sia esercitato dal Presidente della Repubblica. Peraltro, la riforma costituzionale del 2017, interessando punti nevralgici dell'organizzazione dell'esecutivo, porterà anche alla riformulazione dell'impianto dei poteri normativi, oggi saldamente ancorati alla figura del Capo dello Stato. Potrebbe definirsi l'attuale Turchia un modello islamico di Stato, al netto del dettato costituzionale? Quanto conta una specifica ed esplicita costituzionalizzazione della *shari'a*, qualora il programma del partito di maggioranza sia sciariaticamente "ispirato" in uno Stato laico? Oltretutto, qui, non può restare solo in filigrana la virata (iper)presidenzialista del sistema. Dapprima sostanziale, poi 'costituzionale', con un esecutivo quasi plenipotenziario e un rimescolamento dei pesi e contrappesi, attraverso correzioni (anche di rappresentatività) interne alla dialettica tra i poteri. Quanto la vocazione "islamista" del partito di maggioranza possa avere qui un ruolo (determinante) appare, poi, da appurare, ammesso, peraltro, che sia opportuno *ab initio* porre la questione in questi termini.

2.3. ... segue: il caso tunisino tra *Rule of Law* e *Rule of Politics*

Un altro esempio meritevole di approfondimento è costituito dalla Tunisia che, nel momento in cui si scrive, sta registrando importanti trasformazioni a livello politico e istituzionale (nonché costituzionale). Dopo la nota transizione⁴⁸ post rivoluzione del 2011 e le ondivaghe sorti del processo costituente, la Tunisia appariva l'*avis rara* nel panorama maghrebino⁴⁹, soprattutto per la Costituzione di compromesso del 2014, frutto di "gioco" e dialettica democratici tra diverse posizioni e partiti. Durante la fase

⁴⁷ Cfr., B. Saatçioğlu, *De-Europeanisation in Turkey: The Case of the Rule of Law*, in *South European Society and Politics*, 21:1, (2016), 133-146.

⁴⁸ Sul tema, si rimanda a T. Groppi, I. Spigno, *Tunisia. La primavera della Costituzione*, Roma, 2015 e, per il dialogo tra livelli di fonti e particolarismo, su questa rivista, della medesima autrice, *La costituzione tunisina del 2014 nel quadro del "costituzionalismo globale"*, 1/2015, 189-220.

⁴⁹ F. Tamburini, *Il Maghreb dalle indipendenze alle rivolte arabe: Storia e Istituzioni*, Pisa, 2016.

costituente, si è avuto un gioco sottile di bilanciamenti, mediazioni e “transazioni”, con un *do ut des*, costituito dalla rinuncia a uno Stato “del tutto” laico, la permanenza dell’Islam, ma senza i crismi di una *confessional clause*, l’esclusione della *sharī’a*, tanto come *la* fonte, quanto come *una* fonte (tra le altre). Inoltre, anche la Tunisia si definisce “stato civile”, categoria, questa, a sua volta interpretabile. La lettera della Costituzione, come è stato da più parti sottolineato, si esprime infatti solo in negativo, ovvero su ciò che lo Stato sicuramente non è: militare (*Dawla al-‘askariyya*), “teocentrico” (*Dawla al-‘ilāhiyya*), laico e non semplicemente secolare (*Dawla ‘almaniyya*). La Tunisia, quindi, è sì uno Stato in cui la sovranità appartiene alla “società civile” (*Dawla al-madaniyya*), ma questa dizione a maglie larghe dovrebbe essere coordinata con la lettera “adattata” dell’articolo 2 sul ruolo dell’Islam, per comprendere appieno quali e quanti snodi interpretativi la Costituzione possa legittimare. Secondo gli orientamenti laicisti, essa potrebbe fungere da clausola di apertura per una applicazione sostanziale, *rectius* giurisprudenziale, della *sharī’a*⁵⁰. Ipotesi plausibile qualora, istituita una Corte Costituzionale⁵¹, a presiederla fosse scelto un membro vicino al partito islamista e la composizione interna della stessa rispecchiasse precisi orientamenti maggioritari.

Dal gennaio di questo anno, però, la congiuntura tunisina appare confusa e di difficile analisi, almeno da un punto di vista “statico”, giacché il Presidente Kaïs Saïed ha avviato un *iter* sempre più pronunciato di accentramento del potere nelle proprie mani. La forma di governo attuale era stata considerata un’opzione convincente nel 2014, rispetto ai presidenzialismi delle precedenti esperienze – con uno spiccato culto della personalità, come nel caso di Bourguiba, o al limite del “sultanismo”⁵², come in quello di Ben-Ali – ma anche uno strumento idoneo a neutralizzare velleità plenipotenziarie dell’esecutivo, suddividendone così il potere tra due “teste”. Nondimeno, mediante un (ab)uso della decretazione, pur legittima ex art. 80 della Costituzione in caso di “situazioni straordinarie”, quale si configura(va) la gestione della pandemia da Covid-19, il Presidente ha eroso in modo vieppiù vistoso l’equilibrio tra i pesi e i contrappesi su cui si basava la Costituzione del 2014. Dapprima, rifiutando la nomina di ministri in seguito a rimpasto nel gennaio di questo anno, poi, in una *climax* di accrescimento del proprio “profilo”, Kaïs Saïed in aprile ha respinto gli emendamenti alla legge organica n. 2018-39, finalizzati alla modifica e all’integrazione della n. 2015-50 relativa alla (istituzione e al funzionamento di una) Corte costituzionale. Il Presidente, in agosto, ha congelato i lavori dell’Assemblea del popolo ed

⁵⁰ Cfr., www.jeuneafrique.com/1150320/politique/tunisie-requiem-pour-la-cour-constitutionnelle/.

⁵¹ Per la tormentata storia tunisina sul tema, si rimanda a F. Tamburini, *The Ghost of the Constitutional Review in Tunisia: Authoritarianism, Transition to Democracy and Rule of Law*, in *Journal of Asian and African Studies*, 2, (2021).

⁵² Il rimando va, chiaramente, a H.E. Chebabi, J. Linz (eds.), *Sultanistic regimes*, Baltimore, 1998.

eliminato le immunità per i suoi membri, oltre ad aver congedato il primo ministro. Da ultimo, a fine settembre (con il decreto n. 117 del 2021, relativo a *ulteriori* misure eccezionali) Kaïs Saïed ha “decretato” la modifica della Costituzione del 2014 in punti nevralgici quali il ruolo del Presidente della Repubblica e del Primo ministro, potenziando nettamente il primo a scapito del secondo. Provocando la reazione *Al-Nahda*, partito islamista di maggioranza (relativa) che, come in altre fasi politico-istituzionali e costituzionali della Tunisia post-rivoluzione, si è reso strenuo difensore della “procedura”, nonché garante e promotore anche della *necessità* di una Corte Costituzionale. Con una certa tensione verso una inedita e personale dottrina “pura” della Costituzione, Kaïs Saïed, dal suo canto, ha agito da censore privilegiato (e unico) del testo Costituzionale, bilancia(tore) di pesi e contrappesi interni al sistema.

In qualità di “guardiano” della Costituzione post-transizione – che intende, però, emendare – Saïed non appare qui così distante da Bourguiba, che, nel contesto della Tunisia post-coloniale e indipendente si erse a *al-Mutjahid al-Akbar*, cioè supremo (e ultimo) interprete non solo delle prescrizioni sciaraitiche, ma di ciò che la *sharī’a* e l’Islam stesso *fossero*. I presupposti, però, sembrano mutati: la *sharī’a*, in quel caso, la Costituzione, in questo, a dimostrazione di come possa essere impiegata qualsivoglia “fonte” al fine di rinsaldare sentimenti di “appartenenza” e rivendicazioni identitarie. Nonostante la torsione *sostanzialmente* presidenzialista – a dispetto della forma di governo *formalmente* disegnata in Costituzione – il Presidente non sembra cedere alle critiche, che, anzi, appaiono sbiadite di fronte al forte sostegno popolare – e trasversale – di cui gode. Kaïs Saïed afferma di voler restituire la sovranità al popolo tunisino, defraudato di ogni potere e speranza dall’incapacità del partito islamista. Pronunciate queste parole, nomina inoltre la prima donna premier della storia istituzionale tunisina, Nejla Bouden Romdhane.

La sintesi di questa fase risulta complessa e, oltretutto, foriera di considerazioni diametralmente opposte, a seconda dell’angolazione scelta e del punto di vista adottato⁵³. A fine ottobre si è avuta una risoluzione del Parlamento europeo circa la situazione *in fieri* in Tunisia⁵⁴, facendo risuonare l’allarme di derive autoritarie – che l’Unione non accetterebbe, tantomeno in un Paese con cui è in costante dialogo e su cui ha riposto speranze di stabilità e di aspettative di “esemplare democraticità” per l’area. Opinioni contrastanti arrivano, però, dal suolo tunisino stesso, in cui riecheggia un invito al “laissez faire” sull’operato del Presidente⁵⁵. Contestuale è la lettera firmata da accademici, giornalisti, attivisti, ONG, *stakeholders* che ravvisano nell’operato di Saïed un’azione *dovuta* – e costituzionalmente legittima – per ripristinare

⁵³ “Coup d’état ou espoir démocratique?”, recita un titolo di giornale, (video.lefigaro.fr/figaro/video/coup-detat-ou-espoir-democratique-que-se-passe-t-il-en-tunisie/).

⁵⁴ www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2021-0523_FR.html.

⁵⁵ www.leaders.com.tn/article/32549-non-la-tunisie-ne-vit-pas-sous-la-botte-d-un-dictateur.

l'ordine democratico tunisino. Se quelle mostrate dall'Europa siano miopia o insufficienza di strumenti per leggere l'attualità oltre il Mediterraneo, oppure quello europeo sia atteggiamento fondato sulla preoccupazione di un isolamento della Tunisia e dell'ulteriore avvilitamento su sé stessa dopo la transizione, al momento non è dato comprendere. Di certo, una notevole discrasia persiste tra la prospettiva "esterna" e le voci interne.

3. Cosa "costituisce" la *sharī'a*? Alcune riflessioni conclusive su modelli e tradizioni

L'interrogativo posto in apertura è volto a valorizzare quell'aspetto dinamico (sempre plurale) del modello sciaraitico (al singolare). Che la teoria diverga spesso dalla prassi, così come la forma dalla sostanza, è adagio piuttosto inflazionato, ma, effettivamente, non sempre è peregrino rispolverarlo. A proposito dei molteplici colori con cui l'"idealtipo" della "teocrazia" costituzionale⁵⁶ – che si "contenderebbe" la "modernità"⁵⁷ (islamica) solo con un sistema secolare o con il diritto positivo – possa essere in concreto sfumato, occorrerebbe valutare, infatti, anche la direzione intrapresa da alcuni sistemi sorti sotto le influenze di "dottrine" o teorie islamiche dello Stato. Basti, qui, richiamare l'Iran e il Pakistan, debitori, rispettivamente, della concezione di (rivoluzione e di) Stato islamico di Ali Shariati e di al-Mawdūdī attraverso la militanza islamista del secolo scorso⁵⁸. Un'idea di costituzionalismo "sciariaticamente ispirato"⁵⁹ non appare caratterizzato

⁵⁶ R. Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Cambridge, Massachusetts, 2010, il quale offre una ricca analisi di vari sistemi e il diverso atteggiarsi, in essi, dell'elemento 'teocratico', anche rispetto al ruolo delle Corti, riuscendo a restituire la complessità dei variegati contesti.

⁵⁷ Nota la ricostruzione di S. N. Eisenstadt, *Multiple Modernities*, in *Daedalus*, Vol. 129, No. 1, (Winter, 2000), 1-29.

⁵⁸ O, ancora dell'"avanguardia" di Sayyid Qutb – teorico ampiamente dibattuto – che può "spiegare" anche i *foreign fighters* e il *Dā'ish*. Come afferma Patrizia Manduchi, la sua opera più importante, *Ma'ālim fi at-Ṭarīq*: "ha costituito il nutrimento essenziale per generazioni di fautori dell'utopia dello Stato Islamico, fino ai seguaci del cosiddetto 'jihadismo globale'. Sayyid Qutb è ancora oggi il maestro riconosciuto e insuperato anche per i gruppi più recenti di militanti in contesti nazionali molto differenti". E, inoltre, "come deve agire questa avanguardia per compiere correttamente il suo ḡihād è chiaramente esplicitato [...] deve essere disposta ad abbandonare (hiḡra) la sua condizione precedente, cioè la famiglia, gli affetti, gli interessi e i progetti personali, le comodità e la sicurezza di una vita tranquilla. Si deve così incamminare verso il percorso difficile della lotta sul campo, concreta [...]. Non è difficile comprendere quanto questo passaggio sia attuale e collegato al fenomeno dei cosiddetti 'jihadisti globali' o, per altri versi, dei *foreign fighters* in movimento verso la Siria, l'Iraq, la Libia", P. Manduchi, *La riscoperta del ḡihād: la lettura rivoluzionaria di Sayyid Qutb*, in P. Manduchi, N. Melis (eds.), *ḡihād: definizioni e riletture di un termine abusato*, Milano, 2019, 42, 59.

⁵⁹ Nell'amplessima bibliografia in materia, si segnalano per gli aspetti trattati, R. Grote, T. Röder, *Constitutionalism in Islamic countries: Between Unheaval and Continuity*, Oxford, 2012; L.C. Backer, *Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Legal Ordering*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, no. 1, 2009, 85-172; S. Falaah, *Theocratic*

(solo) da una *Rule of God*, ma può essere affine anche alla *Rule by law* e alla *Rule of men*⁶⁰, in linea con il “teocentrismo” sciaraitico – suggerito da Massimo Campanini – rispetto a una presunta e statica “teocrazia”. Sul punto, infatti, Palombella efficacemente spiega come: “la questione teorica del *Rule of law* ha bisogno di essere inquadrata diversamente, e diversamente deve essere intesa la relazione in essa fondamentale, quella tra “uomini e leggi”. [...] il *Rule of law* non propone direttamente obiettivi morali, ma strutture giuridiche. Non richiede che il diritto posseda uno specifico contenuto, “the good law”, e neppure detta una particolare forma interna del potere, o del governo (ad esempio, che il potere debba essere organizzato democraticamente)”⁶¹. Tra l’altro, non può restare sottotraccia l’emersione, storicamente risalente e attualmente emergente, di una *Rule of Law* islamica proveniente da diversi centri e attori, siano essi le corti, la dottrina o l’assetto politico dinamico in sé. Adottando un approccio “ermeneutico-funzionalistico”, al di là dei paradigmi fondanti la tradizione giuridica costituzionale euro-occidentale, accettando “processi di desecolarizzazione dello spazio pubblico”⁶², oltreché letture comunitariste del pluralismo⁶³, si possono decifrare le dinamiche sempre cangianti tra sistemi e modelli. Nonché le loro interazioni e le intersezioni tra le fonti e i diversi livelli. Il rapporto tra religione e Stato, tra religione e politica, più che una sovrapposibilità – o, magari, un’identità – comporta una dinamica di polarità⁶⁴, sicché l’Islam come *dīn wa dawla*⁶⁵, lungi dal configurare il

Constitutionalism: A Discourse on the Political System, Democracy, Judiciary and Human Rights Under Islamic Theocratic Constitutionalism, in *Waikato Islamic Studies Review*, Vol. 2, No. 2, 2016; A. Filali-Ansary, *Muslims and Democracy*, in L. Diamond, M.F. Plattner, *The global Divergence of Democracies*, Baltimore and London, 2001, 37-51; N. J. Brown, M. Revkin, *Islamic Law and Constitutions*, in M. E. Anver M. Emon, A. Rumei (eds.), *The Oxford Handbook of Islamic Law*, 2015.

⁶⁰ Spiega, Palombella: *Rule of men* inteso quale “dominazione” e non come “governo degli uomini *tout court*”; *Rule by law*, che vede il diritto quale “mezzo” o strumento nella disponibilità del governante, in G. Palombella, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012, 27.

⁶¹ *Ivi*, 25-27.

⁶² C. Sbailò, *The Re-Expansion of the Islamic Ordering Principle in a Comparative Constitutional Perspective. Understanding Political Constitutional Transitions in North Africa*, cit., 2-3. Si veda, inoltre, J. Casanova, *Public Religion in The Modern World*, Chicago, 1994; C. Bottici, *The Politics of imagination and the public role of religion*, in *Philosophy & Social Criticism*, vol. 35 no. 8, (2009) 985-1005; M.K. Masud, *The Construction and Deconstruction of Secularism as an Ideology in Contemporary Muslim Thought*, in *Asian Journal of Social Science*, vol. 33, No. 3, (2005), 363-383; T. Abdulkader, *Religion in Modern Islamic Discourse*, New York, 2009.

⁶³ C. Sbailò, *Diritto Pubblico dell’islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, cit., 115. Cfr., anche M. Campanini, *Oltre la democrazia. Temi e problemi del pensiero politico islamico*, Milano, 2014; J.L. Esposito, *Political Islam: Revolution, Radicalism, or Reform*, Cairo, 1997.

⁶⁴ C. Sbailò, *The Re-Expansion of the Islamic Ordering Principle in a Comparative Constitutional Perspective. Understanding Political Constitutional Transitions in North Africa*, cit., 10 ss.

⁶⁵ Il termine *dīn*, peraltro, è complesso e polisemico, non potendo essere ridotto alla ‘religione’. Questa semplificazione comporta di conseguenza la traduzione dello Stato – *dawla* più *dīn* –

malinteso stato teocratico, traccia, piuttosto, una separazione rispetto alla sovranità di Dio⁶⁶. Inoltre, il modello può essere per questo (e al massimo) teocentrico⁶⁷, spiegando anche lo iato tra sovranità (appartenente a Dio, neologismo *Hākimiyya*) e rappresentanza, delegazione (*Khilafah*).

Risulta del pari interessante tenere traccia, nei singoli sistemi, dei percorsi autoctoni derivanti da dinamiche di *transplantation*, nonché di “trapianti” o migrazioni interni al modello stesso, come il concetto di stato civile dimostra. I trapianti, cioè, ben possono configurarsi come fenomeni “ricorsivi”, poiché sovente possono prescindere – e, spesso, prescindono – sia dalla cultura giuridica e politica di riferimento, sia da dinamiche puramente verticali, oltretché rappresentare fenomeni transculturali. Soffermarsi sulla tradizione euro-occidentale e i processi (storicamente registrati) di *transplantation* “top-down” di stampo coloniale e post-coloniale potrebbe, infine, rivelarsi parziale⁶⁸. Al “classico” carattere nomadico delle norme⁶⁹, alla *cross-fertilization* tra sistemi e modelli⁷⁰ potrebbe dunque aggiungersi la concezione nomadica dello spazio giuridico islamico⁷¹ quale elemento ulteriore e talvolta decisivo.

La sintesi esposta richiama giocoforza analisi collaterali che favorirebbero più di uno spunto per lo studio delle dinamiche costituzionali concretamente operanti, da coordinare con le differenti forme di stato e di governo dei diversi sistemi. Non riuscire a fornire una risposta su cosa la *shari'a* possa costituire è già una soluzione. Se un dato negativo può, in realtà, confermarne un altro, si potrebbe concludere che la *shari'a* “viva” nei sistemi

sempre come religioso, o ‘teocratico’. Per uno studio sul tema, si rimanda a Y. Y. Haddad, *The Conception of the Term Din in the Qur'an*, in *ViewIssue*, Volume 64, 4/1974, 114-123.

⁶⁶ C. Sbailò, *The Re-Expansion of the Islamic Ordering Principle in a Comparative Constitutional Perspective. Understanding Political Constitutional Transitions in North Africa*, cit., 10.

⁶⁷ Soprattutto per la mancanza di una tradizione dogmatica e di un “centro” (almeno per l'Islam sunnita), Cfr., sul punto, M. Campanini, *Islam e politica*, cit., 12. Altresì, per la differenza tra modello islamico di stato e modello di stato islamico. Sulla prospettiva utopica (retrospettiva) e l'anti-utopia, si richiama, invece, M. Campanini, *Ideologia e politica nell'Islam. Fra utopia e prassi*, cit.

⁶⁸ Per dirlo con Castellucci: “The markedly euro-centric approach in classical comparative law works is proved both by the amount of pages allocated to western and non-western legal systems in western books on comparative legal systems, and by the fact that the ‘mixed’/‘hybrid’ adjectives, that David and Zweigert and Kötz had used with its common and general meaning became eventually a classification label, the use of which was confined to western legal mixtures only [...]”, in *How Mixed Must a Mixed System Be?*, cit., 11.

⁶⁹ A. Watson, *Legal Transplants*, Athens, 1993.

⁷⁰ E. Özücü, *Law as Transposition*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, Issue 2, 203-225, April, (2002); *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, in *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer, (1999), 74; *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?*, vol 12.1, in *Electronic Journal of Comparative Law*, May, (2008) ; PG. Monateri, *The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures*, 13, *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 575 (2003).

⁷¹ C. Sbailò, *The Re-Expansion of the Islamic Ordering Principle in a Comparative Constitutional Perspective. Understanding Political Constitutional Transitions in North Africa*, cit., 10 ss.

che caratterizza, a volte al di là del modello e sovente oltre la *Rule of (Traditional) Law*.

Giovanna Spanò
Dip.to di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Firenze
giovanna.spano@unifi.it