

## LA SHARI'A, LE SUE FONTI E IL POTERE POLITICO<sup>1</sup>

**Saverio F. Regasto**

Università degli Studi di Brescia

*Abstract (IT):* Il contributo affronta e approfondisce la tematica delle fonti nei sistemi giuridici islamici, compresa la tecnica interpretativa dei testi, nel più ampio contesto dei sistemi politico-istituzionali vigenti.

*Abstract (EN):* The contribution addresses and deepens the theme of sources in Islamic legal systems, including the interpretative technique of texts, in the broader context of the political-institutional systems.

**SOMMARIO:** **1.** La Shari'a. - **2.** Origine storica. - **3.** Le fonti della Shari'a (usul al-fiqh). - **3.1.** Il Corano. - **3.2.** La Sunna. - **3.3.** L'Ijma. - **3.4.** Il Qiyas. - **3.5.** La consuetudine e il suo ruolo. - **4.** L'ijtihad e l'interpretazione della Shari'a. - **5.** Le scuole giuridiche ufficiali. - **6.** Il califfato. - **7.** La Umma.

### **1. La Shari'a.**

Come è noto, il termine comunemente utilizzato per indicare il diritto islamico è *Shari'a*. Questo vocabolo rappresenta qualcosa di più e qualcosa di meno rispetto al diritto, almeno per come esso è inteso in Occidente: di più perché il termine include anche l'etica e la morale; di meno perché la *Shari'a* non si è occupata di trattare compiutamente alcuni settori quali, in particolare, il diritto pubblico<sup>2</sup>. *Shari'a* significa letteralmente "via da seguire"<sup>3</sup> e rappresenta per i musulmani la somma dei doveri che il genere umano deve osservare per raggiungere la salvezza.

<sup>1</sup> Il contributo è destinato agli Scritti in onore di Pietro Ciarlo.

<sup>2</sup> V. DONINI, D. SCOLART, *La shari'a e il mondo contemporaneo*, Roma, 2015, p. 19.

<sup>3</sup> C. DECARO, *Tradizioni religiose e tradizioni costituzionali*, Roma, 2014, p. 34.

Si evidenzia fin da subito, da queste prime definizioni, un'enorme differenza rispetto alla tradizione occidentale secondo cui la legge è frutto di un potere umano costituito, di un organo, monocratico o collegiale, investito appunto del potere legislativo. La comunità musulmana è invece governata solo e solamente da Dio: la legge deve essere emanazione di Dio stesso. «Allah è, infatti, il grande Legislatore, colui che detta la norma per il popolo prescelto. La legge è parola di Dio, per mezzo del suo Profeta, e ha ad oggetto la regolamentazione degli atti del singolo credente e della vita dell'intera comunità»<sup>4</sup>. Nessuna legge o Costituzione potrà annullare la *Shari'a*: le norme giuridiche possono esistere solo se non contrarie a quanto prescritto da Dio<sup>5</sup>.

Una delle principali caratteristiche della *Shari'a* è la sua imperatività: tutti i fedeli sono tenuti all'obbedienza di quanto prescritto da Allah, unico legislatore tanto nella sfera religiosa quanto in quella comunitaria e sociale.

Le materie prese in considerazione dalla legge islamica sono assai diversificate e spaziano dal diritto di famiglia, all'usura, alla compravendita, a disposizioni in merito al diritto di guerra, alla disciplina della situazione giuridica degli ebrei e dei cristiani, fino a giungere a dettare anche prescrizioni di natura alimentare<sup>6</sup>.

Altra caratteristica di questa legge è l'irrilevanza del principio della territorialità: i comandi impartiti da Allah sono destinati all'intera *Umma*, cioè all'intera comunità universale di fedeli, indipendentemente dal luogo in cui si trovino, al di là di ogni possibile confine nazionale.

«La *Shari'a*, proprio perché di origine sacra, è formalmente immutabile; l'uomo non può sostituirsi al legislatore divino, né può modificare o alterare quanto Dio ha statuito per il suo popolo, anche quando i governanti mutano e i regimi si susseguono l'uno dopo l'altro»<sup>7</sup>. Non dobbiamo quindi sorprenderci se molti movimenti attuali predicano il ritorno all'Islam come cura contro l'indebolimento e la disorganizzazione degli Stati moderni. L'Islam viene delineato come l'unica arma possibile per combattere il turbolento mondo moderno. Possiamo fin d'ora far notare come le élite militari, salite al potere dopo le recenti "Primavere Arabe", abbiano acquisito consenso popolare e legittimità istituzionale sempre su basi comunitaristico-islamico-popolari e mai su basi individualistico-laico-liberali<sup>8</sup>.

Ultima caratteristica da sottolineare in merito alla legge islamica è la sua eticità: il dato giuridico si lega e dipende strettamente dall'ambito religioso ed etico<sup>9</sup>. La norma morale e la norma giuridica si intersecano l'un l'altra fino a divenire una cosa

4 M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, Bologna, 2014, p. 15.

5 A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, Roma-Bari, 2006, p. 85.

6 N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, Firenze, 2010, p. 23

7 M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, Bologna, cit., p. 19.

8 CIRO SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam Mediterraneo*, Padova, 2015, p. 38.

9 M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, Bologna, cit., p. 20.

sola. Addirittura in arabo, la lingua del diritto islamico, non esistono termini che distinguono concettualmente ciò che è morale da ciò che è legale<sup>10</sup>.

## 2. Origine storica.

Il Profeta Muhammad nacque alla Mecca, nel 570 d.C. Si ritiene che nel 610 d.C. il Profeta avesse cominciato a ricevere la rivelazione divina nella forma del Corano, e che avesse conseguentemente iniziato a diffondere il sacro messaggio fra i suoi concittadini. «Il Corano non è opera umana, ma è la Parola stessa di Dio, trasmessa dall'arcangelo Gabriele a Maometto e da questi semplicemente diffusa nella comunità dei fedeli»<sup>11</sup>. In questi primi anni di predicazione Muhammad raccolse intorno a sé alcuni seguaci, ma anche molti nemici e molta ostilità. Per tale motivo Maometto, dopo questi primi anni di predicazione nella sua città natale, cercò un ambiente più fertile e propenso ad accogliere il suo messaggio: nel 622 d.C. insieme ad alcuni seguaci si stabilì a Medina. «Questo trasferimento decisivo, conosciuto come *hijra* (migrazione), è stato assunto come data d'inizio del calendario musulmano»<sup>12</sup>.

A Medina il numero di seguaci del Profeta crebbe notevolmente al punto che in questa città vi fu l'instaurazione del primo Stato musulmano. In seguito alla *hijra*, gli argomenti e i contenuti della predicazione cambiarono: nel periodo meccano abbiamo soprattutto precetti morali e religiosi, mentre in quello medinese iniziano a emergere anche prescrizioni giuridiche e politiche. Il Corano meccano rappresenterebbe la parte religiosa, imm modificabile ed eterna, della Parola di Dio, destinata a prevalere nei suoi grandi principi di umanità e giustizia sulle disposizioni puntuali disseminate nella parte medinese, che per l'appunto conterrebbe la parte politica e contingente, legata allo specifico momento storico<sup>13</sup>. La chiave di lettura di questo cambiamento risiede nel fatto che a Medina emerse la necessità di rispondere ai concreti bisogni sociali e politici della comunità lì esistente<sup>14</sup>. La spiegazione sta dunque nel fatto che in questa città l'Islam si è evoluto e si è trasformato da semplice comunità di fedeli a organizzazione avente anche carattere temporale: è stato quindi necessario introdurre nuovi precetti a sostegno e guida di una comunità politica collocata in uno specifico contesto spazio-temporale.

Al momento della sua morte, nel 632 d.C., il Profeta aveva già stabilito il governo musulmano in tutta l'Arabia e aveva convertito la maggior parte della popolazione all'Islam.

10 W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, Bologna, 2013, p. 30.

11 N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 23.

12 A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, Roma- Bari, 2011, p. 20.

13 N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 24.

14 A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 20.

La prima crisi nel mondo islamico si ebbe proprio in seguito al decesso di Maometto, in occasione della scelta di un successore da porre a capo della comunità religiosa e politica. Abu Bakr, amico e seguace di lunga data del Profeta, divenne il primo califfo<sup>15</sup>. I musulmani che appoggiavano Ali, cugino e genero del Profeta, in quella prima contesa sulla carica di califfo e in quelle che seguirono poi, dettero origine ad una fazione separata dell'Islam nota come Sciismo (dal termine *Shi'a*, cioè partito di Ali e dei suoi discendenti)<sup>16</sup>.

### 3. Le fonti della *Shari'a* (*usul al-fiqh*).

#### 1. Il Corano

Il Corano, libro sacro dell'Islam, è la suprema fonte del diritto islamico. Secondo i musulmani è "increated" poiché rappresenta uno degli attributi eterni di Dio<sup>17</sup>: il Libro è la parola letterale e definitiva di Allah, accettata come insindacabile da tutti i credenti. «Nelle tesi più rigide, infatti, la natura rivelata del Corano non comporta solo la sua irriformalità ma conduce a negare anche ogni spazio per l'interpretazione umana che si spinga al di là della semplice esegesi del testo, giacché non apparterrebbe all'uomo il potere di modificare o adattare la volontà divina»<sup>18</sup>.

I 6219 versetti del Corano sono colmi di precetti etico-morali, esortazioni e ammonimenti; la percentuale di versetti con contenuto giuridico, ascrivibile soprattutto al periodo medinese, è però piuttosto scarna e si attesta intorno all'8% del totale<sup>19</sup>.

Il Corano non si presenta al lettore in ordine cronologico; i capitoli, le *suwar* (plurale di *sura*), sono organizzati secondo la lunghezza, in ordine decrescente dal più lungo al più breve<sup>20</sup>. La *sura* è definita, oltre che in base all'estensione, anche in base al periodo in cui il suo contenuto è stato rivelato, distinguendo quindi le *suwar* meccane da quelle medinesi.

Dal momento che all'interno del Corano convivono norme fra loro contrastanti, si è reso necessario stabilire dei criteri per decidere quale norma dovesse prevalere in caso di contrasto, quale norma fosse cioè dotata di maggiore autorevolezza rispetto a un'altra. Su tali presupposti si fonda la teoria del *naskh*, cioè annullamento di una

15 Califfo: letteralmente 'successore' (di Maometto), capo della *Umma* e sommo monarca dell'Islamismo.

16 A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 21.

17 M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 29.

18 N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 23.

19 W.B. HALLAQ., *Introduzione al diritto islamico*, cit., p. 25.

20 M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 29.

regola attraverso la sostituzione con una cronologicamente successiva<sup>21</sup>. Le rivelazioni del periodo medinese hanno abrogato le rivelazioni incompatibili del precedente periodo meccano. «L'abrogazione o l'annullamento di alcuni versetti e l'approvazione di altri non avvennero, ovviamente, con una legge formale, ma i risultati furono gli stessi dell'abrogazione e dell'approvazione formali nel senso moderno dei termini»<sup>22</sup>. Lo stesso Allah aveva previsto e legittimato tale forma di "abrogazione" tanto è vero che si era espresso sul punto nei seguenti termini: «non abrogheremo, né ti faremo dimenticare, alcun versetto senza dartene uno migliore od uguale: non sai dunque che Iddio è onnipotente?»<sup>23</sup>.

I temi affrontati nel Libro sacro sono assai variegati: si spazia dal diritto di famiglia al diritto penale, passando per norme di diritto commerciale e tributario; ciononostante i versetti del Corano non coprono nemmeno in minima parte tutte le relazioni umane. Ecco perché i musulmani, se pur fondano il loro sistema giuridico sul Corano, hanno l'esigenza di andare oltre e lo fanno guardando ad altre fonti del diritto, in particolare alla *Sunna*, l'insieme dei racconti di detti e fatti inerenti alla vita di Maometto.

## 2. La *Sunna*.

Al momento di integrare i dettami del Corano, il principale punto di riferimento è rappresentato da tutto ciò che riguarda la vita di Maometto, in quanto uomo ispirato dalla divinità. Il comportamento del Profeta, le sue azioni, le sue parole ed i suoi assenti, espliciti o taciti, vengono issati a modello e sono riconosciuti come seconda fonte del diritto islamico, dopo il Corano.

Tutto questo insieme di avvenimenti è ricostruito attraverso i racconti dei comportamenti di Muhammad, i cosiddetti *hadith*, narrazioni di detti o fatti attribuiti per l'appunto al Profeta, i quali vengono tramandati prima oralmente e poi trascritti<sup>24</sup>. Ciascun racconto è stato trasmesso da un primo testimone, osservatore diretto dell'accadimento, a un altro, il quale l'ha riferito a un terzo e così via, sino a giungere al momento in cui la narrazione è stata messa per iscritto nelle raccolte. Non risulta difficile immaginare come questo *modus operandi* si sia esposto a strumentalizzazioni di vario genere, cosicché si è reso necessario accertare l'autenticità dei racconti, attraverso la verifica dell'attendibilità e della reputazione dei loro trasmettitori<sup>25</sup>. Delle numerose raccolte di *hadith*, sono solo sei, trascritte tra l'870 e il 915 d.C., quelle che godono di maggior prestigio e sono prese giudiziosamente in considerazione dalla comunità musulmana. Un *hadith* è tanto

<sup>21</sup> Op. loc. ult. cit., p. 32.

<sup>22</sup> A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 32.

<sup>23</sup> Corano, II, 106.

<sup>24</sup> N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 26.

<sup>25</sup> Op. loc. ult. cit.

veritiero e normativamente vincolante quanto più sono considerati devoti, autorevoli e degni i suoi trasmettitori. Occorre quindi provare che il testimone abbia effettivamente conosciuto i soggetti da lui citati, che egli sia un musulmano onesto e che abbia buona capacità di trasmissione e di memoria<sup>26</sup>. Solo attraverso queste verifiche si può distinguere un *hadith* autentico, la cui catena di trasmissione non contenga vizi, da uno al contrario debole e quindi con forza normativa poco stringente.

Proprio sul valore giuridico da attribuire alla *Sunna* si fonda uno degli elementi più significativi di rottura tra il mondo sunnita e quello sciita. Per i Sunniti, i vari *hadith* sulla vita del Profeta rappresentano, insieme al Corano, il nucleo delle fonti rivelate, il cui contenuto è frutto della piena volontà di Dio: nessun uomo può contestare i precetti divini, siano essi stati comunicati direttamente oppure indirettamente tramite quanto detto o fatto dal suo messaggero<sup>27</sup>. Per tale motivo la maggioranza sunnita prende le distanze da tutti coloro che criticano o interpretano in modo errato, Sciiti *in primis*, il modello di comportamento espresso dalla vita di Maometto.

Il valore giuridico della *Sunna* viene oggi contestato dalle parti più riformiste del mondo musulmano, che la considerano come il momento in cui è stato costruito un Islam politico e ortodosso, vincente nel passato ma non ai giorni nostri. La *Sunna* ha contribuito notevolmente a modificare i caratteri originari dell'Islam, questa tradizione è stata utilizzata per far prevalere determinati versetti su altri, per accentuare specifici indirizzi a discapito di altri, per raggiungere risultati quali, ad esempio, la difesa del ruolo subordinato della donna, che il Corano lasciava sostanzialmente incerti<sup>28</sup>.

### 3. L'*Ijma*.

Terza fonte del diritto islamico è il consenso, *l'ijma*, l'accordo dell'intera comunità musulmana in merito a questioni religiose; laddove la *Umma*, nella sua collettività, concordi su un determinato precetto, su una determinata regola, tale consenso è frutto dell'ispirazione divina e pertanto non è possibile incorrere in errore. Con l'approvazione dell'unanimità dei fedeli è possibile produrre nuovo diritto sulla base di un detto attribuito al Profeta: "la mia comunità non si troverà mai d'accordo sopra un errore"<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 39.

<sup>27</sup> Op. loc. ult. cit., p. 40.

<sup>28</sup> N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 26.

<sup>29</sup> M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 42.

*L'ijma* contribuì in maniera poderosa allo sviluppo della *Shari'a*, non solo come fonte indipendente, ma anche come strumento per decretare la versione e l'interpretazione più autorevole del Corano e della *Sunna*<sup>30</sup>. La finalità originaria del consenso è quella di garantire l'autenticità delle due fonti rivelate e la loro interpretazione uniforme attraverso il susseguirsi nel tempo di generazioni di fedeli. In mancanza di una gerarchia ecclesiastica all'interno dell'Islam sunnita, l'autenticità storica e normativa del Corano e della *Sunna* viene decretata proprio dall'infallibilità della *Umma* e del suo consenso.

Rispetto a questa fonte del diritto la problematica maggior è quella di definire le modalità e l'ambito di applicazione dell'*ijma* e di individuare i soggetti legittimati a creare tale consenso. *L'ijma* richiede l'assoluta unanimità o si può formare anche in presenza di disaccordi o minoranze dissenzienti? Quale popolazione è competente a stabilire un consenso vincolante e quale dovrebbe essere il rapporto tra il loro *ijma* con quello delle generazioni precedenti, contemporanee o successive<sup>31</sup>?

L'interpretazione più seguita, affermata nel VI secolo, prevede due differenti forme di consenso a seconda della materia di cui si disquisisce<sup>32</sup>. È generale, da parte dell'intera comunità, il consenso su materie tanto elementari e note a tutti i fedeli quali i pilastri<sup>33</sup> della religione musulmana. Al contrario, in caso la disputa verta su materie più specifiche, prettamente giuridiche, come il diritto penale, familiare, ereditario, contrattuale, processuale, alimentare, bellico e via dicendo, il consenso sarà ristretto all'ambito dei soli dottori della legge, ai conoscitori della scienza del diritto.

Nell'ultimo decennio si è cercato di estendere il significato di *ijma* al fine di attribuire anche all'opinione pubblica una funzione creatrice del diritto: è evidente la portata "democratica" di questo tentativo; si cerca di fornire una legittimazione religiosa all'esercizio della produzione normativa da parte degli organi eletti dal popolo<sup>34</sup>. Se tale indirizzo venisse accolto, il consenso democratico di una comunità politica moderna sarebbe legittimato a rifiutare un principio della *Shari'a* fondato sull'*ijma* di una comunità musulmana precedente, in particolare quella delle prime generazioni<sup>35</sup>, ritenuta invece dalla maggioranza dei musulmani pressoché insindacabile.

Va infine sottolineato che la minoranza sciita dell'Islam non riconosce alcun valore al consenso, a prescindere dal fatto che esso venga manifestato dall'intera comunità,

30 A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 36.

31 Op. loc. ult. cit., p. 37.

32 M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit, p. 42.

33 I cinque pilastri dell'Islam sono la professione di fede islamica; la preghiera quotidiana; l'elemosina; il digiuno nel mese di *Ramadan*; il pellegrinaggio ai luoghi santi dell'Islam.

34 F. CASTRO, *Diritto musulmano*, Torino, 2006, p. 30.

35 A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 37.

dalla ristretta cerchia di dottori della legge o da rappresentanti dell'opinione pubblica<sup>36</sup>.

#### 4. Il Qiyas.

Qualsiasi atto umano è soggetto alla legge islamica e viene fatto rientrare in una delle cinque categorie normative previste dalla *Shari'a*. Un comportamento può essere proibito, cioè vietato; obbligatorio, quindi doveroso; raccomandabile, ovvero consigliabile; disapprovato, o riprovevole; neutro, perciò lecito<sup>37</sup>.

Il *qiyas*, quarta fonte del diritto islamico, consiste nel ricorso a un procedimento analogico per creare una regola giuridica. Esso rappresenta la soluzione cui ricorrere qualora ci si trovi dinanzi a un caso nuovo, ignoto e non classificato dai giuristi secondo la quintuplice ripartizione delle azioni. Il giurista trae da un caso espressamente disciplinato la *illa*, la *ratio legis* di tale norma, il principio che si presta a regolare un caso simile ma non previsto.

A differenza delle altre fonti del diritto analizzate finora, il *qiyas* è strettamente legato all'intelletto umano ed è stato per questo motivo fortemente avversato dai tradizionalisti che, sin dai primi secoli dell'era islamica, avevano sempre esaltato la completezza e la perfezione del messaggio divino dal momento che «nulla è omesso nel Libro sacro»<sup>38</sup>. Di parere differente erano gli appartenenti alle scuole razionaliste, secondo le quali era doveroso far ricorso alla ragione umana per colmare le lacune lasciate dal Corano e dalla *Sunna* al fine di rendere l'intero sistema giuridico più coerente ed armonioso<sup>39</sup>.

Il ragionamento deduttivo, l'analogia *iuris*, "è considerato legittimo solo in due circostanze, ossia quando il caso in questione non sia stato oggetto di consenso (e sia dunque rimasto confinato nell'ambito del disaccordo giuridico) o quando esso sia del tutto nuovo"<sup>40</sup>. Onde evitare accuse di abusi o di illecite ingerenze da parte dell'intelletto umano nella *Shari'a*, il *qiyas* va limitato alle ipotesi in cui nessun'altra fonte possa essere utilizzata e solo nel caso in cui il procedimento deduttivo-analogico conduca a un risultato pienamente in linea con i principi e le norme della *Shari'a*.

#### 5. La consuetudine e il suo ruolo.

36 N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 27.

37 W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., pp. 30-31.

38 Corano, VI, 38.

39 M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 45.

40 W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., pp. 34.

Accanto alle quattro fonti del diritto finora analizzate, va aggiunto come ulteriore elemento di produzione normativa la consuetudine. Con il termine *urf* si intende tutto quanto è radicato e accettato come usanza all'interno delle popolazioni musulmane; naturalmente lo *urf*, per essere legittimo, non deve essere contrario ai principi della *Shari'a*.

Pochi decenni dopo la morte di Maometto, l'Islam era già una realtà che si estendeva dalla Spagna, ad occidente, fino all'India settentrionale, ad oriente; un'espansione così rapida in così breve tempo portò ad inglobare nell'Islam gruppi etnici e culturali assai variegati. Proprio il riconoscimento della consuetudine ha agevolato il diffondersi della nuova fede in differenti contesti geografici e sociali ed è servito per adattare il diritto islamico alle tradizioni ed alle esigenze di comunità assai differenti tra loro<sup>41</sup>.

Il procedimento appena descritto ha consentito di integrare il sistema giuridico islamico con gli usi e i costumi delle popolazioni locali, ma non può essere considerato una vera e propria fonte del diritto<sup>42</sup>. Lo *urf* non è riconosciuto formalmente quale fonte di produzione normativa, ma è accettato dalla società come pratica costante e spontanea; l'Islam asseconda la prassi seppur senza ridefinire o mettere formalmente in discussione il sistema delle fonti del diritto.

Non sono però mancati casi nei quali la consuetudine è addirittura finita per prevalere sulla *Shari'a*, nonostante in linea puramente teorica non venga ammesso alcun contrasto con la Legge divina; «l'apparente contraddizione tra il dato teorico e l'applicazione pratica non deve stupire, giacché è proprio del diritto islamico tenere ben distinti i due piani e assecondare la prassi senza per questo mettere in discussione e ripensare la teoria»<sup>43</sup>.

#### **4. L'*ijtihad* e l'interpretazione della *Shari'a*.**

In linea teorica, la *Shari'a*, in quanto sistema normativo di origine divina, è immutabile: nessuno può contraddire ciò che Allah ha prescritto. È anche vero però che Corano e *Sunna* non sono riusciti, da soli, a dare risposta a tutti i casi che si presentavano nella realtà: fatta eccezione per un numero relativamente esiguo di precetti chiari e specifici, si è reso necessario colmare le lacune facendo ricorso all'*ijtihad*.

*Ijtihad* significa letteralmente duro sforzo o tenacia, ma in senso tecnico indica l'utilizzo del ragionamento giuridico indipendente per trovare risposte laddove

<sup>41</sup> M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 46.

<sup>42</sup> N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 28.

<sup>43</sup> Op. loc. ult. cit.

Corano e *Sunna* tacciano<sup>44</sup>. L'uso dell'*ijtihad* è suffragato dalla *Sunna*: si dice che Maometto abbia approvato la gerarchia delle fonti sharaitiche: per risolvere le controversie va come prima cosa consultato il Corano; se il Libro sacro tace sull'argomento, bisogna far riferimento alla *Sunna* del Profeta; se non si trova nemmeno alcuna *Sunna* applicabile, si deve seguire il miglior giudizio od opinione personale<sup>45</sup>. Nel diritto islamico si assiste così allo sviluppo della giurisprudenza del *fiqh*, attraverso l'elaborazione e la razionalizzazione di un articolato sistema casistico di norme, principi e condotte estrapolati, mediante lo sforzo dell'intelletto umano, dalle regole della *Shari'a*; questo sforzo da parte del giurista si è reso necessario per dare alla Legge divina una contestualizzazione e un'attuazione aderente alle esigenze del tempo<sup>46</sup>. La differenza che intercorre tra *Shari'a* e *fiqh* dipende dalla diversa origine delle due scienze: la prima discende direttamente dalla volontà divina, mentre la seconda promana da un'elaborazione umana.

Non si tratta però di un uso completamente libero e incondizionato della ragione umana da parte del giurista; si tratta di procedere principalmente per deduzione analogica, al fine di rinvenire la *ratio legis*, in linea con i principi generali della *Shari'a*, per colmare una lacuna lasciata dalle fonti<sup>47</sup>. L'*ijtihad* è limitato alle materie non regolate in maniera chiara ed univoca dal Corano o dalla *Sunna*: innanzi a una disposizione esplicita non è concesso farvi ricorso<sup>48</sup>.

L'*ijtihad* è stato largamente impiegato ed ha contribuito a creare nuovo diritto soprattutto durante VIII e IX secolo d.C. Con lo sviluppo della *Shari'a* e con il suo configurarsi sempre più come un ordinamento giuridico maturo, l'esigenza di elaborare nuove regole appariva ogni giorno meno stringente e lo spazio dell'*ijtihad* si ridusse fino quasi a scomparire. «Nella storia della giurisprudenza islamica questo fenomeno è noto come la chiusura delle porte dell'*ijtihad*»<sup>49</sup>. Intorno al 900 d.C. si creò un generale consenso tra gli esperti di diritto sul fatto che tutti i problemi cruciali fossero ormai stati sviscerati e risolti; conclusa così l'epoca dell'*ijtihad*, si aprì un periodo di tempo assai più lungo definito come *taqlid*, cioè imitazione, connotato da un inaridimento ed una involuzione dell'attività interpretativa del diritto<sup>50</sup>.

Grazie all'*ijtihad* e al procedimento deduttivo, il giurisperito aveva, in quegli anni, assunto un ruolo talmente importante che, nel corso dello sviluppo delle società islamiche, divenne parte della pubblica amministrazione e ricoprì il ruolo di funzionario incaricato di assistere le varie autorità costituite e di risolvere questioni

44 W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., p. 40.

45 Op. loc. ult. cit., p. 41.

46 M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., pp. 48.

47 Op. loc. ult. cit., p. 49.

48 W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., p. 42.

49 Op. loc. ult. cit., p. 43.

50 M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 51.

concernerti la conformità della *Shari'a* alla vita pubblica, attraverso l'emissione di responsi che presero il nome di *fatwa*<sup>51</sup>.

Ogni giurista competente poteva esercitare l'*ijtihad*, ma nessuno eccetto Dio poteva sapere se il risultato del processo deduttivo fosse o meno corretto.

L'*ijtihad* ha conferito alla legge islamica il suo tratto più caratteristico: per ogni caso, per ogni fatto esistono da due a una decina di pareri legali, ciascuno sostenuto da un differente giurista<sup>52</sup>. Il diritto islamico è caratterizzato dal pluralismo legale, non solo in quanto ammette le consuetudini locali, ma anche perché su una stessa tipologia fattuale offre una variegata gamma di opinioni. Proprio intorno a queste opinioni ed ai loro sostenitori più autorevoli nacquero diverse scuole di pensiero, caratterizzate da specifici indirizzi giuridici; fu proprio nel periodo dell'*ijtihad* che si affermarono le quattro scuole giuridiche ortodosse, tutt'ora esistenti<sup>53</sup>.

## 5. Le scuole giuridiche ufficiali.

Tra le caratteristiche peculiari della *Shari'a* non si può non sottolineare il ruolo onnipresente delle scuole giuridiche dottrinali<sup>54</sup>.

L'interesse per la *Shari'a* e gli studi giuridici si sviluppò a partire dal VII secolo nell'ambiente dei circoli di studio, dove esperti conoscitori del Corano e dell'Islam iniziarono a discutere di questioni legali e paralegali. L'insegnamento e gli accesi dibattiti dottrinali all'interno di questi circoli portarono verso metodi interpretativi sempre più raffinati; ciascun giurista adottò un metodo specifico e raccolse intorno a sé un gruppo di seguaci interessati ad apprendere da lui la giurisprudenza e le metodologie connesse. Coloro che sposavano o seguivano la dottrina di un certo giurista erano definiti suoi *associati* o *seguaci*; intorno alla figura del maestro-giurista fondatore della scuola dottrinale, si raggrupparono studenti ed esperti di diritto con visioni giuridiche in linea con quelle della scuola frequentata<sup>55</sup>. La giurisprudenza iniziò a essere appresa e prodotta all'interno delle scuole dottrinali, conosciute col nome di *madhaab*. Il fondatore della scuola venne definito *imam*, insegnante e giurista di indiscussa competenza, nonché creatore della metodologia, della sistematica e della dottrina della scuola stessa<sup>56</sup>.

La conoscenza approfondita della legge era l'unico parametro idoneo a stabilire dove ricercare l'autorità giuridica: questa non si rinveniva nei governanti o nei politici, bensì negli studiosi. «L'autorità legale nell'Islam era personale e privata: essa

51 Op. loc. ult. cit., p. 49.

52 W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., pp. 40-41.

53 Op. loc. ult. cit., p. 45.

54 N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 29.

55 W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., pp. 48-49.

56 Op. loc. ult. cit., p. 50.

risiedeva nella persona dei singoli giuristi (sia che fossero gente comune o, raramente, califfi), e fu proprio questa personale competenza politico-religiosa a divenire più tardi nota come *ijtihad*, una delle pietre angolari del diritto islamico»<sup>57</sup>. Nelle *madhaab* l'autorità legale si edificò su fondamenta razionali, oltre che sociali e religiose.

Fino alle porte dell'era moderna, il potere politico dominante ebbe un ruolo marginale nella produzione e diffusione della legge e del sapere giuridico. Nonostante l'indiscusso valore delle scuole dottrinali, non si può non evidenziare come queste fungessero da anello di congiunzione tra il popolo ed il sovrano, a cui spesso fornivano sostegno e solide basi giuridiche che ne legittimavano l'operato<sup>58</sup>. Le scuole giuridiche sopravvissute fino ai giorni nostri devono il loro prosperare e il loro successo a situazioni contingenti, spesso principalmente politiche.

Le principali scuole Sunnite sono quattro<sup>59</sup>:

- la scuola *hanafita*: scuola maggiormente seguita, si propone da sempre come la scuola più liberale. Il suo successo è stato determinato dal fatto di esser stata adottata dai califfi abbasidi, prima, e dai sultani ottomani, poi, come propria scuola ufficiale; La sua caratteristica principale è l'ampio e continuo ricorso al ragionamento analogico. Nacque in Iraq; oggi comunità di fedeli tradizionalmente *hanafite* si trovano in Bangladesh, Pakistan, India, Asia centrale, Iraq, Siria, Giordania, Palestina e Turchia;

- la scuola *malikita*: si basa prevalentemente sulla *Sunna* del Profeta e sul rilievo dato alle intenzioni che guidano ogni singola azione. È fortemente radicata nel Maghreb; eccetto Sud Africa, Zanzibar ed alcune regioni dell'Egitto, i musulmani del continente africano sono stati tradizionalmente appartenenti a questa corrente dottrinale;

- la scuola *hanbalita*: rappresenta certamente la scuola più rigida e conservatrice; si fonda su un'applicazione letterale e rigorosa delle norme e respinge categoricamente l'uso del *qiyas*. Trova applicazione in contesti altamente simbolici del mondo islamico, come l'Arabia Saudita;

- la scuola *shafiita*: al suo fondatore si deve la catalogazione delle fonti del diritto comunemente accettata. Seconda scuola per numero di fedeli, caratterizzata per una marcata ostilità verso le interpretazioni personali, è diffusa nelle cosiddette periferie del mondo musulmano, quali Indonesia, Yemen, Malesia ed alcune parti del basso Egitto.

<sup>57</sup> Op. loc. ult. cit., p. 51.

<sup>58</sup> N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 29.

<sup>59</sup> W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, cit., pp. 47-49; N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 29.

Va infine, assai brevemente, ricordato che anche gli Sciiti sono attraversati da significative divisioni: bisogna distinguere tra duodecimani (o imamiti), ismailiti, khoja e drusi.

## 6. Il califfato.

Finché Maometto era in vita, era lui l'unico dello Stato medinese, detentore del potere assoluto (senza separazione alcuna fra legislativo, esecutivo e giurisdizionale)<sup>60</sup>. Nonostante il Profeta abbia rivestito il ruolo di capo supremo del sistema politico e della città di Medina, egli non ha mai provveduto a disciplinare in maniera dettagliata l'organizzazione della comunità dei credenti o le regole inerenti alla sua successione. Le teorizzazioni sulla natura dello Stato islamico hanno riguardato unicamente le modalità di scelta del successore, il quale può essere designato in vari modi: la via preferibile è quella dell'elezione da parte della comunità, ma sono considerate legittime anche la designazione del successore a opera del predecessore o l'occupazione di fatto del potere<sup>61</sup>, essendo la tirannia sempre preferibile rispetto al caos anarchico.

Per poter essere ammesso a ricoprire la carica di califfo è necessario essere uomo musulmano, libero, mentalmente e fisicamente integro.

Al califfo spettano i compiti di far osservare la legge contenuta nel Corano e nella *Sunna*; tutelare i diritti e gli interessi dei fedeli; amministrare la giustizia per il tramite dei *Qadi*; difendere militarmente il territorio; amministrare la *res publica* in maniera equa e oculata<sup>62</sup>.

Secondo la *Shura*, il califfo deve consultarsi con la propria comunità nelle materie inerenti questioni di Stato, al fine di giungere ad una statuizione condivisa. Nonostante l'apparenza democratica di questo principio, non sussiste alcun vincolo in capo al califfo che lo obblighi a seguire le determinazioni emerse in sede di consultazione. Non sono state infatti esplicitate modalità per rendere il califfo responsabile mentre è in carica, né per rimuoverlo in maniera pacifica e ordinata; tuttavia l'obbligo di obbedienza che questi ha nei confronti della legge di Dio fa sì che qualora il governante disattenda suddetto obbligo, debba essere rimosso anche con l'uso della forza<sup>63</sup>. La Legge impone infatti a tutti di perseguire il bene e di combattere il male: i sudditi sono tenuti a obbedire al sovrano solo se questi rispetti e applichi le prescrizioni divine, in caso contrario la ribellione è lecita. «È un dovere

60 A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 110.

61 C. SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam Mediterraneo*, cit., p. 36.

62 Op. loc. ult. cit.

63 M. CAMPANINI, *La politica nell'Islam*, Bologna, 2019, p. 129.

considerare l'esercizio del potere come una delle forme della religione, come uno degli atti per mezzo dei quali l'uomo si avvicina a Dio»<sup>64</sup>.

Principio questo che si presta a essere abusato e manipolato a seconda di interessi contingenti; ne sono testimonianza i colpi di Stato e le deposizioni violente di leader politici, avvenute, anche in tempi recenti, nel vicino Nord Africa. La *Shari'a* viene considerata sufficiente a regolare normativamente la società, «ma non essendo definito, a livello di una cultura istituzionale, chi e come possa applicare o interpretare la *Shari'a*, qualunque contropotere può delegittimare un altro e rovesciarlo»<sup>65</sup>. L'Islam è stato purtroppo spesso utilizzato quale vessillo per legittimare tirannie dispotiche e violente, ma anche altrettanto violenti ribaltamenti alla guida della comunità di riferimento. Non si può negare che l'Islam sia stato più volte utilizzato come controllo politico e sociale delle masse da parte delle classi al potere o strumentalizzato da organizzazioni radicali e sanguinarie; esso è però servito alle stesse masse per essere parte attiva degli avvenimenti e per intervenire a difesa della religione, facendone uno strumento di ribellione nei confronti del colonialismo europeo. Nei momenti di instabilità politica o istituzionale l'Islam è l'unica costante ed immutabile certezza.

Come già detto, la *Shari'a* si è preoccupata di stabilire le regole per la selezione del califfo, ma non le regole per l'organizzazione della comunità; in virtù di tale silenzio l'Islam ortodosso non impone alcuna particolare forma di Stato o di governo: non importa che il sistema sia monarchico, repubblicano, capitalista o socialista, quanto piuttosto è fondamentale che applichi le regole stabilite da Dio. Bisogna infatti ricordare che il califfo è titolare del solo potere esecutivo; il potere legislativo resta saldamente nelle mani di Allah e quello della corretta interpretazione della legge è affidato a esperti di tematiche religiose: si può così rilevare, secondo questa opinione, nel rifiuto di un potere assoluto, una traccia significativa di una moderna separazione dei poteri<sup>66</sup>.

Il modello di Stato costituito da Maometto e il suo successivo sviluppo sotto i califfi che si sono succeduti ha rappresentato per i primi giuristi l'ideale di società a cui aspirare. Tutti i grandi giuristi musulmani hanno infatti sempre posto al centro dei propri studi il problema della realizzazione dei principi sciaraitici nel contesto sociale e politico nel quale hanno operato<sup>67</sup>.

Il modello medinese, avendo sostenuto l'avanzata militare, culturale e religiosa della comunità di credenti fondata da Maometto, viene a tutt'oggi visto da taluni

<sup>64</sup> Op. loc. ult. cit., p. 152.

<sup>65</sup> A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, cit., pp. 179-180.

<sup>66</sup> L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003, p. 476.

<sup>67</sup> C. SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam Mediterraneo*, cit., p. 2.

come antidoto alla condizione di arretratezza che le masse islamiche da qualche secolo sperimentano e come mezzo attraverso cui favorire la rinascita dell'Islam<sup>68</sup>.

## 7. La *Umma*.

Il concetto di Stato, inteso come organizzazione politica che esercita la propria sovranità sui soggetti che si trovano entro i propri confini territoriali, è una nozione estranea alla tradizione islamica. La nozione di Stato nell'Islam non viene riferita al territorio, ma all'ideologia<sup>69</sup>.

Il termine *Umma*, nelle traduzioni dall'arabo, viene fatto coincidere con la nozione di Stato occidentale, ma dobbiamo tener presente invero che nella *Umma* il legislatore è rappresentato da Dio, al quale anche le autorità pubbliche devono sottomettersi.

A guida della comunità musulmana vi è il califfo che esercita il proprio potere sulla comunità di fedeli, la *Umma*. Il capo della *Umma* è responsabile del proprio agire non nei confronti della comunità alla cui guida è deputato, ma esclusivamente nei confronti di Allah.

In base alla *Shari'a*, il potere si esplica nella volontà comunitaria; la *Umma* è infatti l'unica collettività attraverso cui è possibile realizzare i principali obiettivi del messaggio coranico: promuovere il bene e prevenire il male; perseguire le cose lecite ed evitare quelle proibite<sup>70</sup>.

Nell'Islam delle origini non si ha delimitazione della giurisdizione su base territoriale, al contrario l'elemento territoriale si determina a seguito dell'espansione della *Umma*: al di fuori di questa prospettiva non esiste uno spazio pubblico, bensì caos, violenze e barbarie<sup>71</sup>. La *Umma* ha dunque una base identificativa di natura religiosa e non territoriale; all'interno della comunità tutti gli individui sono fratelli e posti in maniera ugualitaria sullo stesso livello, senza distinzione di stirpe o classe. Per definire i musulmani, i fautori della *Shari'a*, «non si rifacevano all'etnia, alla posizione nello stato o all'occupazione, bensì alla fede individuale nell'Islam, che trascendeva tutti gli altri legami sociali e affratellava gli uomini nella stessa religione»<sup>72</sup>.

Non dobbiamo farci ingannare dall'apparente democrazia di questo assunto che riconosce sì a tutti uguali diritti civili e politici, ma intendendo con *tutti* solo ed esclusivamente coloro i quali appartengono alla comunità islamica.

Dalla comunità islamica sono quindi esclusi gli schiavi e i non credenti, i quali non hanno alcun diritto civile o politico secondo la *Shari'a*, anche se sono nati e hanno

68 N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, Firenze, cit., p. 84.

69 A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 184.

70 C. SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam Mediterraneo*, cit., p. 37.

71 Op. loc. ult. cit., p. 31.

72 A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 184.

sempre risieduto nello Stato islamico<sup>73</sup>; non è totalmente esclusa, ma fortemente limitata la partecipazione delle donne musulmane agli affari dello Stato.

La *Shari'a* legittima rilevanti restrizioni nei confronti delle donne, inerenti al loro diritto di apparire e parlare in pubblico o di associarsi a musulmani di sesso maschile per promuovere le proprie opinioni; alle donne viene inoltre interdetta la possibilità di occupare uffici pubblici che prevedano l'esercizio di una qualche autorità su musulmani di sesso maschile<sup>74</sup>.

Sulla base del concetto di *Umma* come sopra esposto, taluni esponenti dell'Islamismo rifiutano il «concetto di nazione, ritenuto assolutamente incompatibile con l'onnicomprensiva appartenenza alla comunità religiosa»<sup>75</sup>. Anche recentemente stiamo assistendo nel mondo musulmano a tentativi di ritorno all'originario Stato islamico; si ricorda a tal proposito come secondo l'ideologo di *Al-Qaeda*, «la formazione di Stati islamici resta comunque un obiettivo transitorio in vista del ricongiungimento della intera *Umma*, servendo come semplice 'base solida' per lanciare la riconquista dei territori musulmani da riportare infine e integralmente sotto il governo della legge religiosa»<sup>76</sup>.

Anche qualora non si giunga a posizioni così radicali va tenuto presente che, sulla base del carattere sopranazionale e imprescindibile della religione, l'affermazione del carattere nazionale di un ordinamento deve sempre avvenire, come accade anche con la Costituzione egiziana del 2014, attraverso il richiamo all'universale missione civilizzatrice dell'Islam: il diritto secolare è anch'esso religioso<sup>77</sup>. L'universalismo transnazionale dell'Islam sta vivendo oggi una stagione di intenso revival a causa di molteplici fattori, tra cui i processi di globalizzazione e la crisi delle sovranità nazionali<sup>78</sup>. Sin dai tempi antichi l'ideologia islamica ha fatto da collante tra popolazioni ed etnie con significative differenze tra loro, costituendo un elemento di trascendente unità.

---

73 A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica*, cit., p. 126.

74 Op. loc. ult. cit., p. 125.

75 N. FIORITA, *L'Islam spiegato ai miei studenti*, cit., p. 88.

76 Op. loc. ult. cit., p. 89.

77 C. SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'Islam Mediterraneo*, cit., p. 38.

78 Op. loc. ult. cit., p. 27.