

MASSIMO PAPA

Il ruolo del diritto islamico oggi: il paradigma dell'Afghanistan

1. Il diritto islamico oggi: le leggi, i giuristi, i giudici.

Trattare il tema assai ampio del ruolo del diritto islamico oggi, all'interno di uno spazio necessariamente limitato, implica l'adozione di scelte radicali dal punto di vista metodologico dell'esposizione e richiede, altresì, l'identificazione e il chiarimento di alcuni dati concettuali che, senza alcuna ambizione di completezza, saranno meglio esemplificati tra breve quando ci si soffermerà sul caso paradigmatico dell'Afghanistan. Si tratteggeranno dapprima, sia pure *currenti calamo*, le principali regole che governano le mutazioni degli ordinamenti giuridici dei paesi di tradizione musulmana nell'epoca contemporanea con riferimento al ruolo del diritto islamico che, nel presente contesto, possiamo identificare con la *šarī'a*¹. In particolare, si cercherà di evidenziare quel peculiare fenomeno che vede, in linea generale, da un lato la continua regressione del diritto islamico dal punto di vista sostanziale ad alcuni settori dell'ordinamento e,

¹ Una notazione che non è soltanto terminologica. Non sarà sfuggito al lettore l'uso dell'aggettivo 'islamico' in luogo del più ricorrente binomio 'diritto musulmano'. Si preferisce adottare in questa sede l'espressione 'diritto islamico', identificando quest'ultimo con la *Lex divina islamica*, la *šarī'a*, frutto dell'elaborazione dottrinale dei *fuqahā*, e riservare l'aggettivo 'musulmano' ai paesi nei quali la religione dell'Islam ha informato per secoli le diverse società del mondo musulmano, convivendo fianco a fianco - spesso sovrapponendosi e talvolta cedendo il passo - al diritto consuetudinario locale.

dall'altro la corrispondente valorizzazione ideologica e simbolica della *šarī'a* stessa identificata, sovente, nell'essenza dell'islam.

Successivamente, si caleranno le osservazioni di ordine generale nella situazione dell'Afghanistan, avendo cura di evidenziare le alterne tappe storiche della modernizzazione giuridica, per meglio comprendere l'intricata realtà odierna di questo martoriato paese e la centralità della tradizione islamica. La speranza è quella di far percepire la complessità delle dinamiche e dei principali snodi problematici che ci si trova ad affrontare oggi nelle società del mondo musulmano allorché ci si pone la questione del posto che, *de facto* o *de jure*, occupa la *šarī'a* all'interno dell'ordinamento giuridico, nonché delle sue dinamiche interazioni con le altre fonti del diritto².

Com'è noto, quell'irreversibile processo che è stato definito di acculturazione giuridica ha preso origine a metà dell'Ottocento all'epoca delle *tanẓīmāt* ottomane³ e continua ad interessare trasversalmente le società musulmane, comportando una profonda trasformazione delle stesse, sia attraverso una recezione di modelli giuridici stranieri, sia - forse oggi più importante nell'epoca del trasferimento veloce dei dati grazie alle moderne tecnologie - attraverso il filtro della formazione del giurista, imbevuto sempre più di modelli e categorie giuridiche della *Western Legal Tradition*⁴.

L'acculturazione e la statalizzazione hanno modificato radicalmente la stessa categoria del diritto e trasformato la percezione sociale della dimensione 'giuridica' tanto che, forse, non ha più senso parlare di 'acculturazione' quasi fosse un processo ancora *in fieri*.

² Per un quadro d'insieme sulla situazione del diritto islamico oggi all'interno dei vari ordinamenti, si rinvia all'abbondante letteratura. Si veda, innanzitutto, l'insuperato lavoro di F. CASTRO, *Šarī'a e diritto romano nei paesi arabi*, Roma 1990. Più recentemente, B. BOTIVAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes: mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Paris 1993; C. MALLAT, *Introduction to Middle Eastern Law*, Oxford 2007; N. J. BROWN, *The Rule of Law in the Arab World: Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge 2007; W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal systems of Asia and Africa*, Cambridge 2006. Tra le sintesi si segnalano: C. MALLAT, *From Islamic to Middle Eastern law*, in "American Journal of Comparative Law", 2003, 4, pp. 301-430; M. PAPA, *La Shari'a oggi*, in *Treccani il Libro dell'Anno 2007*, Roma 2007, pp. 417-436; C. MALLAT, *Comparative Law and the Islamic (Middle Eastern) Legal Culture in The Oxford Handbook of Comparative Law*, ed. by Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, Oxford 2006.

³ Si veda per tutti F. CASTRO, *Sistema sciaraitico, siyāsa shar'iyya e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti del Vicino Oriente*, in *Il mondo islamico tra interazione ed acculturazione*, a cura di A. Bausani e B. Scarcia Amoretti, Roma 1981.

⁴ Per un'efficace e aggiornata trattazione del tema si veda l'accurato lavoro di V. VARANO e V. BARSOTTI, *La Tradizione Giuridica Occidentale*, Torino, 2006. Utile è anche la recente opera di J. MERRYMAN, R. PEREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition: an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford 2006.

Idealmente il musulmano conosce solo l'unico ordinamento base di coloro che aderiscono all'islam, la *umma*, nella quale tutti i musulmani sono uguali senza distinzioni di 'nazionalità', razza o etnia. Il diritto islamico è, dunque, di natura confessionale, personale, extraterritoriale. Su tali concetti fanno oggi leva i movimenti islamici radicali che propugnano l'applicazione integrale della *šarī'a*.

La nascita degli stati-nazione implica, invece, definitivamente la comparsa di concetti quali la territorialità e la competenza giurisdizionale legata alla cittadinanza sconosciuti alla tradizione musulmana; i conflitti di norme e di leggi fra ordinamenti diversi vanno, ormai, risolti sulla base dei noti meccanismi del diritto internazionale privato di derivazione occidentale, adottati nei sistemi giuridici dei paesi musulmani⁵.

L'islam, per dirla *apertis verbis*, ha perso la sua forza organizzativa nella vita pubblica, intesa nel senso più ampio. La concezione occidentale di stato nazionale anche nel mondo musulmano è divenuta un orientamento di sfondo socio-politico al cui interno il cittadino deve ricollocarsi e ridefinire il proprio posto. Le leggi, i codici, le norme in generale vengono oggi prodotti dallo stato attraverso organi legislativi modellati essi stessi su canoni occidentali⁶. Tuttavia, il risultato del compromesso tra le esigenze di uno stato moderno orientato da una parte allo sviluppo industriale, al cambiamento sociale e di uno stato fedele alla tradizione islamica dall'altra, risulta diverso da caso a caso: il fenomeno si presenta nelle sue caratteristiche polimorfe secondo gradi ed intensità variabili a seconda delle circostanze politiche, storiche e culturali dei singoli paesi.

In molti casi l'islam è soltanto un involucro, talvolta un mero alibi, sotto il quale celare l'affermazione di un laicismo che si è di fatto imposto come principio fondante in conformità del quale si svolge la vita pubblica e privata.

Il diritto islamico, il *fiqh* prodotto dalla giurisprudenza dei dotti, che comprende ogni aspetto sociale della vita umana, inclusi gli atti di culto (le *'ibādāt*), è sostituito dal diritto di produzione statale, formalmente laico.

⁵ Gli ordinamenti giuridici contemporanei contengono, sia nei codici civili sia in leggi speciali, le norme del diritto internazionale privato.

⁶ Merita di essere segnalata, anche in chiave comparatistica con la realtà afgana della *Loya Ġirga*, l'originale eccezione rappresentata dall'esperienza libica. Con l'avvento della seconda fase della Rivoluzione Verde del 1969, nella *Ġamāhīriyya* araba popolare socialista fu introdotto il concetto di *shūrāqratīyya*, evidente crasi tra la categoria protoislamica della consultazione (*shūrā*) e la democrazia di derivazione occidentale. L'esperienza diede luogo alle inedite forme di rappresentanza politica dei comitati popolari di base (*laġna al-sha'biyya*) e del Comitato Generale, istituzioni tutt'ora esistenti. Si vedano le osservazioni contenute nel mio saggio: *La grande Carta Verde dei diritti dell'Uomo nella Ġamāhīriyya libica*, in *Per una convergenza mediterranea sui diritti dell'uomo*, vol. III, Orientamenti critici e ricostruttivi, P. Ungari e M. Modica (a cura di), Roma 1999, pp. 55-69.

Il diritto islamico costituisce oggi, da un lato il substrato del diritto positivo vigente negli stati musulmani, dall'altro l'essenza stessa della nuova e moderna definizione della nozione di *šarī'a*. Quest'ultima diviene, sovente in forma esplicita, chiave di volta ed ineludibile elemento di equilibrio nel sistema statuale delle fonti giuridiche, *in primis* nella Costituzione⁷.

Il giurista che se ne occupa non ha più una solida formazione religiosa propedeutica a quella giuridica ed anzi lo studio del diritto islamico è limitato, nelle università laiche, a quelle materie nelle quali esso costituisce, in vario modo, diritto positivo dello stato⁸. La materia culturale viene abbandonata allo studio del *faqīh* tradizionale che si trova a svolgere sempre più funzioni da teologo e sempre meno da giurista⁹. D'altronde, il nuovo diritto non ha bisogno nel suo ambito del giurista-sacerdote: costui si ritrova ad essere non più un vero e proprio *conditor juris* come era sempre avvenuto in passato ma, al più, un (fedele?) custode della tradizione islamica alla quale rivolgere lo sguardo per legittimare l'opera di

⁷ Nel campo del diritto pubblico da parte degli stati musulmani, l'applicazione delle norme sciaraitiche è limitata a un'area ristrettissima (Stati ed Emirati della Penisola araba). L'Arabia Saudita, in ossequio al principio teorico per cui il diritto è di origine divina, non si è dotata di una vera Carta costituzionale e il *nizām asāsī* del 1992 prevede che i due pilastri (*hukūmayn*) su cui poggia il Regno sia il nobile Corano e la Sunna del Profeta. Qui il predominio del diritto islamico è netto in ogni ambito, anche se la stessa Arabia Saudita ha legiferato in tutte quelle materie commerciali e amministrative non disciplinate direttamente dalla *šarī'a* con provvedimenti i quali vengono denominati *nizām* e non *qānūn* come negli altri paesi musulmani. La maggior parte degli stati musulmani contemporanei ha recepito, invece, il diritto pubblico e costituzionale occidentale, prevalentemente europeo-continentale, ed è retta da Costituzioni, monarchiche o repubblicane, caratterizzate da alcuni principi confessionali con l'islam prevalentemente proclamato «religione di Stato» e la *šarī'a* considerata, con valore simbolico e programmatico, «la fonte» (Egitto, Siria, Kuwait, Qatar, Bahrain, Emirati Arabi Uniti, Sudan a volerne citare solo alcuni) o «una fonte» del diritto. Difficile rispondere alla domanda se il richiamo all'islam e/o alla *šarī'a* rappresenti un formale omaggio alla tradizione giuridica islamica o se, piuttosto, comporti una reale e integrale osservanza delle norme sciaraitiche. Quale che sia l'esito concreto, dipende dalle circostanze politiche e storiche. In ogni caso, si può affermare che il richiamo alla dogmatica islamica in una Costituzione implica, quantomeno, un preciso obbligo del potere politico a non contraddire, in modo eclatante, i principi dell'islam. Sarà questa, ancora una volta emblematica, la situazione afgana di cui si dirà in seguito. Sul problema della *šarī'a* come fonte del diritto nelle carte costituzionali dei paesi arabi, si veda da ultimo M. OLIVIERO, *Il Costituzionalismo dei paesi arabi*, Milano 2003.

⁸ Si leggano in proposito le pagine illuminanti di A. SHALAKANY, *'I Heard it All Before': Egyptian tales of law and development*, in "Third World Quarterly", Vol. 27, n.5, 2006, pp. 833-856.

⁹ Quel "sacerdozio laico" svolto dai giuristi di cui parla D. SANTILLANA nelle sue *Istituzioni di Diritto musulmano*, considerato ancora un insuperato manuale, non sembra ormai corrispondere alla realtà dei paesi musulmani.

legiferazione laica. Si riduce, inevitabilmente, il ruolo e l'importanza dell'attività speculativa dei dottori della legge, si affievolisce l'importanza del divario di soluzioni fra le varie scuole giuridiche (*ikhtilāf al-madhāhib*) e, all'interno di queste, fra i vari giuristi (*ikhtilāf al-fuqahā*) che aveva costituito la ricchezza dell'evoluzionismo giuridico islamico, almeno in ambito sunnita; oggi, al più, si preserva l'importanza dell'opinione individuale del singolo, prestigioso, giurista laureatosi nelle moderne facoltà islamiche. Inoltre, esigenze di modernizzazione e, lo si dica, il prezzo della globalizzazione, impongono nuove figure elitarie di giuristi, sempre più impregnati di cultura giuridica europea e/o americana¹⁰.

Gli stessi *muftī*, così centrali nell'edificazione del sistema giuridico islamico, diventati ora dei veri e propri funzionari dello stato, svolgono nell'epoca contemporanea un ruolo - tutto sommato - marginale nella vita giuridica dei vari paesi. Essi esercitano lo *jus respondendi*, non già in virtù del prestigio e dell'autorevolezza loro riconosciuta dalla comunità, come avveniva nella tradizione giuridica islamica, ma elaborano soluzioni giuridiche in quanto rivestiti dell'autorità statale: *non auctoritate rationis sed ratione auctoritatis*¹¹. Si è, definitivamente, sovvertito l'ordinario sistema di interpretazione normativa vigente nell'islam sunnita. Si badi: non si vuol qui disconoscere il fatto che nel corso della storia dell'islam i governi musulmani, subito dopo la formazione definitiva delle scuole giuridiche, al fine di fornire al popolo nonché ai funzionari governativi opinioni autorevoli su questioni riguardanti il diritto religioso, abbiano scelto come *muftī* ufficiali giuristi di grande reputazione, tanto che il Gran Muftī di un paese era chiamato *Shaykh al-islām*. Si vuole, invece, sottolineare che, diversamente da quanto accade oggi, l'essere nominati dal potere politico non accresceva il valore intrinseco delle loro opinioni: essi non avevano il monopolio dell'*iftā'* e la prassi di consultare dei *muftī* privati non era mai venuta meno nel mondo islamico. Anche i *qāḍī* potevano consultarne uno quando erano in dubbio e spesso *muftī* autorevoli erano assegnati presso i tribunali. Spesso anche le parti in causa di un processo si munivano di una *fatwā*, quanto più autorevole possibile, anche se il *qāḍī* non era tenuto ad accettarla. In breve, a causa della

¹⁰ A. SHALAKANY, *op.cit.*, pp. 850 ss.

¹¹ Talvolta esistono delle inedite interazioni tra il diritto statale e l'intervento del giureconsulto come nel caso previsto dall'articolo 385 del codice di procedura penale egiziano il quale richiede il parere (obbligatorio ma non vincolante) del *muftī* in caso di condanna a morte dell'imputato al fine di verificare la legittimità della sanzione dal punto di vista sciaraitico. Il che non è sempre agevole se si considera il ruolo imprescindibile del regime probatorio ai fini dell'integrazione della fattispecie di reato. Su tale punto si veda il mio *I sistemi giudiziari nei paesi arabi tra la Legge di Dio e la legge degli uomini*, in "Daimon, Rivista di Diritto Comparato delle Religioni", n. 4, Bologna 2004, pp. 157-184.

statalizzazione, lo sviluppo dottrinale del diritto musulmano, che deve molto all'attività interpretativa dei *muftī*, sembra aver perso definitivamente vigore¹².

Non altrettanto può dirsi per l'esperienza giuridica sciita contemporanea affermatasi in seguito alla rivoluzione islamica in Iran, ove il ruolo del giurista continua ad essere centrale nell'edificazione o nel mantenimento dell'ordine islamico¹³. Né può essere taciuto il fatto che, nell'attuale momento storico, si assista ad un sensibile recupero della forza politica e, conseguentemente, giuridica dell'islam sciita non solo in Iran, ma anche nell'Iraq post Saddam Hussain, in Libano e, lo si vedrà, anche in Afghanistan, tanto da far parlare (con cacofonico neologismo) di un fenomeno di "sciitizzazione". In altri termini, l'affermazione ed il consolidamento dell'esperienza iraniana, sia pure nell'impossibilità di esportare completamente il modello giuridico post-rivoluzionario nelle aree limitrofe di tradizione sciita duodecimana, sembra aver comportato un recupero della cultura giuridica sciita in regioni che sembravano definitivamente conquistate al sunnismo¹⁴.

¹² Le *fatāwā* sono state spesso raccolte in singole opere di notevole interesse storico in quanto ci mostrano i problemi più urgenti emersi nel campo della pratica giuridica in un certo luogo e in un determinato periodo: non appena la decisione di un *muftī* su un problema emergente fosse stata ritenuta unanimemente corretta dai giuristi, veniva riportata nei manuali di scuola e costituiva fonte generale di diritto. Oggi il valore delle raccolte di *fatāwā* è assai ridotto. Se è accresciuta enormemente la possibilità di accesso, grazie anche alle potenzialità dei mezzi telematici che ne supportano la diffusione, le singole *fatāwā* risultano "globalizzate": hanno perso quel valore di indice storico che rivestivano tradizionalmente di cui si è detto e, soprattutto, sono subordinate quanto al proprio rango, alle norme di produzione statale, non riuscendo in alcun modo a scalzare e neppure a scalfire la vincolatività del provvedimento normativo o giudiziale. Al più, le opinioni dei singoli giuristi riescono a vincolare la coscienza del singolo credente. Da questo punto di vista, l'istituzionalizzazione di un Collegio di '*ulamā*' con funzione anche di *iftā*' all'interno della Corte Suprema afgana, rappresenta un'interessante ed inedita eccezione nel panorama dei paesi islamici.

¹³ La letteratura sul diritto sciita iraniano è abbondante. Riteniamo utile segnalare la lettura di C. MALLAT, *The Renewal of Islamic Law, Muhammad Baqer as-Sadr, Najaf and the Shi'i International*, Cambridge 2003, il quale compie un'indagine lucida e profonda delle teorie del giurista iracheno (fra i cui compagni vi era anche l'Āyatullāh Rūḥollāh Khumaynī), giustiziato sotto Saddam Hussain nel 1980, all'indomani della Rivoluzione islamica dell'Iran. Il testo mi appare particolarmente utile per comprendere i complessi rapporti dottrinali nel mondo sciita contemporaneo. Magistrale, ai fini di un'esatta comprensione delle differenze ideologiche è l'opera di G. SCARCIA, *Ripensare la creazione. Riflessioni autobiografiche sulla teoria del diritto musulmano*, Roma 2001, in particolare il paragrafo intitolato "il diaframma del giurista", p. 107 ss.

¹⁴ Si rammenti che in alcune aree del mondo arabo le altre interpretazioni non sunnite continuano a governare incontrastate. E' il caso, ad esempio, dell'Oman ibadita, ove soltanto nel

La nascita degli stati nazionali ha fatto, inoltre, emergere problemi legati alla presenza di minoranze (etniche e religiose) al loro interno. La stessa fondazione del Pakistan, basata sullo sforzo di creare per i musulmani una nazione nel subcontinente indiano, dimostra che la cittadinanza di uno stato 'islamico' è soltanto un artificio che viene applicato a diversi gruppi etnici (baluchi, pashtun, panjabi ecc.).

Proprio l'articolata composizione etnica dell'Afghanistan costituirà una sorta di cartina di tornasole per verificare, in concreto, l'esistenza di uno stato senza nazione al cui interno l'islam rappresenta un formidabile, ma fluido, collante.

Sulla scia dell'islamizzazione, i rapporti, storicamente in equilibrio, tra musulmani da una parte e le minoranze religiose non musulmane dall'altra si sono deteriorati¹⁵.

Quale che sia il grado di "islamicità" e di resistenza del diritto islamico, lo stato procede, comunque, nella produzione normativa per via autoritativa. Il legislatore pensa le riforme e le mette in pratica: la recezione dell'esperienza giuridica occidentale è, nelle sue mani, lo strumento della modernizzazione. In altri termini, la secolare dialettica tra *šarī'a* e *siyāsa* si risolve definitivamente in favore di quest'ultima. Al più, quando la *šarī'a* recupera terreno nei settori ormai definitivamente passati sotto il controllo statale, affianca il diritto positivo, integrandolo. Il che avviene, ad esempio, nell'ambito del diritto penale ove le norme sciaraitiche (le pene coraniche, *ḥudūd*) vengono reintrodotte *ex lege*, mentre il resto della legislazione penale viene applicata in via *ta'zīr*¹⁶.

1996 è stata emanata una Costituzione. Interessante, sotto il profilo della confessionalità inter-islamica, appare il caso del Yemen. Il paese, com'è noto, fu unificato nel 1992, dopo un periodo di transizione di due anni. All'unificazione politica fra il Yemen del Nord e quello del Sud, avrebbe dovuto far seguito l'uniformazione giuridica. Ma lo zaydismo, *rectius* le fonti del diritto zaydita, che avevano sempre rivestito un ruolo prioritario nelle leggi sullo statuto personale, ma anche nella formazione della dottrina e della giurisprudenza nell'Imamato zaydita mutawakkilita del Yemen del Nord e anche in seguito nella Repubblica, non avrebbe potuto andare a discapito delle minoranze sunnite sciafiite del sud del paese le quali, peraltro, avevano sperimentato una lunga parentesi di laicizzazione del diritto durante l'esperienza marxista degli anni '70 e '80. Si giunse, così, ad una sorta di compromesso che vedeva, previa l'epurazione degli aspetti più prettamente sciiti, l'estensione della legge nazionale sullo statuto personale a tutti i cittadini yemeniti.

¹⁵ Con la fine della *umma* si è posto anche in termini inediti il problema inverso della convivenza delle minoranze musulmane che devono trovare un giusto tipo di interazione con le maggioranze cristiane, induiste o buddiste all'interno dei confini dei nuovi stati.

¹⁶ Ciò avviene, ad esempio, nel Codice Penale afgano, ma è anche il caso della Libia, del Pakistan, dell'Iran, del Sudan e della Mauritania. E' inutile sottolineare come ciò possa confliggere con i principi di tassatività e di legalità del diritto penale declamato nelle moderne

Ma, in linea generale, si può affermare che mentre la codificazione civile è stata realizzata sotto l'influenza determinante dei modelli europei (sia pure salvaguardando la tradizione islamica, includendo i principi della *šarī'a* tra le fonti del diritto civile e utilizzando parzialmente come materiale da costruzione il diritto islamico, secondo la lezione del grande giurista egiziano al-Sanhūrī)¹⁷, il diritto di famiglia (*rectius* lo statuto personale, *al-aḥwāl al-shakhsiyya*) affonda le proprie radici proprio nella *šarī'a*, riformulata in codici e leggi dai diversi stati musulmani durante il secolo scorso.

Proprio l'origine sciaraitica che, pur dando luogo ad una pluralità di soluzioni normative, segna lo spartiacque netto all'interno del singolo ordinamento tra le regole dello statuto personale e le regole civilistiche, ha fatto sì che il primo gruppo di regole, comprensive della materia familiare e successoria, abbia costituito storicamente il baluardo del diritto islamico, l'area di massima resistenza ai progetti di riforma legislativa e giudiziaria improntati a criteri di modernizzazione e di occidentalizzazione. Tale discrasia, lo si vedrà, segnerà l'intera storia giuridica dell'Afghanistan fino ai nostri giorni.

L'unicità dell'origine delle leggi dei diversi stati, tutte ancorate alla tradizione sciaraitica, non produce, com'è noto, uniformità di risultati. Le soluzioni adottate

carte costituzionali. Per un'aggiornata lettura sulla situazione del diritto penale nei paesi islamici, si rinvia a R. PETERS, *Crime and punishment in Islamic Law. Theory and Practice from the sixteenth to the twenty first century*, Cambridge 2006.

¹⁷ Anche se possono essere individuati altri modelli di codici civili nell'area dei paesi maghrebini, fra cui il Codice delle Obbligazioni e dei Contratti tunisino del 1907 e il suo derivato marocchino del 1912, entrambi ancora in vigore, il codice civile per antonomasia, vero e proprio prototipo di codice arabo, è rappresentato dal Codice Civile egiziano del 1948. I redattori del codice, e *in primis* Al-Sanhūrī, sostennero di aver preso a modello circa una ventina di codici, non senza prima aver vagliato la coerenza e la validità con il progetto nel suo complesso. Al-Sanhūrī, più volte aveva sostenuto che il ricorso al diritto straniero era di ordine piuttosto formale, redazionale, ma che il fondo, la sostanza del codice era conforme al diritto e alla giurisprudenza egiziana in vigore, così come al diritto musulmano. Si veda l'eccellente opera di ricostruzione biografica effettuata da F. CASTRO, *Esquisse pour une biographie d'Abdel Razek el-Sanhoury (1895-1971)*, in *Actes du Congrès International du Cinquantenaire du Code Civil Egyptien (1948-1998)*, Ministère de la Justice, Cairo 1998, pp. 35-50. Nella stessa Raccolta di Atti, si veda, inoltre, I. GHATTAS, *Le droit comparé comme source du Code civil égyptien, dialogue des cultures et des législations*, pp. 30-34. Sull'evoluzione della codificazione civile egiziana, si legga il mio saggio *L'evoluzione della codificazione civile nei paesi arabi. Il caso egiziano*, in *Le prospettive europee di apertura all'Europa Orientale e ai paesi del Mediterraneo*, G. Gozzi (a cura di), Ravenna 2002, pp. 149 - 162.

per i singoli istituti dai vari legislatori sono sensibilmente diverse, talvolta radicalmente opposte¹⁸.

Ma qui un dato si conferma su tutti: oggi l'evoluzione del diritto di famiglia, o meglio delle norme relative, non avviene più attraverso il supporto della sapiente interpretazione evolutiva del giurista, del *faqīh*.

Nell'iniziale fase di codificazione delle leggi sullo statuto personale, la ricchezza di soluzioni offerta dalle varie scuole di diritto islamico (*ikhtilāf al-madhāhib*) è stata molto preziosa nell'opera di *talfīq* o *takhayyur*, l'eclettismo giuridico adottato con intento riformista dai singoli legislatori; così come le tecniche omissive o procedurali, accolte dai giuristi e dai legislatori, consentivano un rispetto formale della *šarī'a* consentendo, tuttavia, di eluderne le regole¹⁹. Oggi, anche se tale fenomeno non può dirsi ancora del tutto esaurito, la norma cristallizzata nella disposizione statale (almeno negli stati ove si è proceduto ad un'opera di codificazione)²⁰ è sottoposta al vaglio della società civile. E' grazie alle battaglie delle organizzazioni femministe, all'impulso delle associazioni di attivisti per i diritti umani, della comunità internazionale attraverso le clausole di condizionalità dello stato di diritto apposte agli accordi di cooperazione, che il diritto di famiglia viene riformato e modernizzato come avviene, ad esempio, negli stati arabi nordafricani²¹. E' proprio su tali temi cruciali, nonché

¹⁸ Si sbaglierebbe, infatti, nel ritenere che una passata unità del diritto islamico si troverebbe oggi frantumata in una variegata molteplicità di esperienze statali. E' vero, piuttosto, che la tradizionale pluralità di indirizzi dottrinali si trova oggi sostituita dalla pluralità delle legislazioni nazionali. Si veda, fra gli altri, R. Aluffi Beck-Peccoz (a cura di), *Le Leggi del diritto di famiglia negli stati arabi nordafricani*, Torino 1997. Più aggiornato è il volume di J. NASER, *The Islamic Law of Personal Status*, London, 3a ed., 2002.

¹⁹ Si pensi soltanto alle divergenze su punti tutt'altro che marginali come ad esempio la possibilità che la donna concluda personalmente il proprio matrimonio, ammessa dai hanafiti e negata dai malikiti. Per un'efficace e aggiornata lettura delle fonti del diritto islamico in materia di matrimonio, si veda R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Il matrimonio islamico*, in *Il matrimonio ebraico, canonico, islamico: un commento alle fonti*, S. Ferreri (a cura di), Milano 2006.

²⁰ Volendo limitare l'analisi a quella frazione vasta e importante del mondo musulmano che è rappresentata dagli stati arabi, si può notare come la quasi totalità degli stati si siano ormai dotati di leggi che regolano il diritto di famiglia, spesso in collegamento con quelle materie tradizionalmente affini quali le successioni a causa di morte, le donazioni e le fondazioni pie (*waqf*). Rare eccezioni sono rappresentate dal Regno dell'Arabia Saudiana, da alcuni paesi del Golfo e dalla Mauritania.

²¹ A titolo meramente esemplificativo, malgrado la resistenza della scuola malikita nella *Mudawwana al-aḥwal al-shakhsiyya* marocchina, con la recente e tanto declamata riforma del 2004, si giunge ad escludere la tradizionale e quasi tralaticia regola dell'obbligatorietà della presenza del *wālī*. L'articolo 24 riformato stabilisce che la presenza del curatore matrimoniale sia un diritto della donna e non già un elemento essenziale per la stipula del contratto. Viene,

sull'interazione tra tali fattori, che si cercherà di concentrare l'attenzione per quel che riguarda la condizione femminile in Afghanistan, troppo spesso, riduttivamente e in maniera stereotipata, ricondotta all'immagine del *burqa*^c.

Anche nel mondo islamico, ed in particolare nei paesi arabi, si continua ad assistere in forma diretta all'imitazione di modelli commerciali essenzialmente, ma non esclusivamente, europeo-continentali. In particolare, poi, oggi avviene una continua recezione di modelli e di stilemi, di categorie giuridiche anglo-americani soprattutto negli stati della Penisola, tanto da far parlare di anglobalizzazione dei modelli commerciali, sotto la spinta della potenza (non solo) economica statunitense. L'affermazione di modelli e concetti americani è rafforzata da solidi rapporti con le università statunitensi, dove si formano le élites, i nuovi giuristi arabi del Golfo e dove si giunge spesso a risultati schizofrenici: da un lato, si afferma, a livello di formante legale, la superiorità della *šarī'a* e la sua imperitura validità; dall'altro, ci si riferisce sempre più ai modelli educativi nordamericani, ritenuti all'avanguardia, anche se completamente e palesemente alieni alla tradizione giuridica locale. La probabilità che una tale situazione si realizzi anche nei maggiori centri urbani dell'Afghanistan, considerato troppo spesso *terra nullius*, non è del tutto remota: magari istituendo *in loco* un'università di modello statunitense.

Non va, infine, trascurato che, accanto ai complessi processi evolutivi dei codici e delle leggi, di modernizzazione dei sistemi giudiziari, di riforma delle università, continuano a sopravvivere nelle pieghe delle società musulmane, a qualsiasi latitudine, le consuetudini locali spesso latrici di regole apertamente in contrasto con i principi della *šarī'a*²². Anche sotto questo profilo, l'Afghanistan

fra l'altro, ristretto ulteriormente l'esercizio della poligamia e del ripudio, così come viene abolito il dovere di obbedienza della moglie e fortemente raccomandato il versamento simbolico del *mahr* matrimoniale. In altri contesti arabo-islamici, viene reintrodotta il *khul'* ovvero lo scioglimento del matrimonio su istanza della donna dietro restituzione del *mahr* e senza che questa debba in alcun modo motivare la propria decisione (Legge n. 1 del 2000 egiziana, ma anche la legge algerina n. 9 del 2005), nonché il *tamlīk* (sorta di autoripudio di cui la donna può beneficiare attraverso l'inserimento di un'apposita clausola contrattuale): il tutto, secondo una logica tipica interna del diritto islamico, attingendo alle varie scuole. Ma moltissime altre soluzioni, ancorché supportate da intellettuali illuminati che giudicano conformi alla tradizione islamica le regole proposte, costituiscono il frutto diretto delle battaglie sociali e politiche delle donne: il divieto di maltrattamenti, il divorzio per danno (*ḍarār*), o il divorzio senza alcun obbligo di motivazione (*shiqāq*) non sono che lampanti conquiste femministe riprodotte nelle più recenti legislazioni.

²² Suonano ancora valide le efficaci parole utilizzate da F. Castro: "Naturalmente, per il riconoscimento della consuetudine è richiesto ai dottori della legge che essa non sia in contrasto con la *šarī'a*. Di fatto, tale richiesta ha avuto solo valore teorico, mentre nella pratica

costituisce un caso emblematico della complessa dialettica tra tradizione e modernità la quale ultima non può essere imposta né *manu militari*, né sotto forma di un neo-colonialismo che agisce sotto le mentite spoglie della cooperazione internazionale.

2. Il paradigma afgano: il pluralismo giuridico e il ruolo del diritto islamico

Cerchiamo di calare nel contesto specifico dell'Afghanistan le osservazioni che siamo venuti fin qui facendo, poiché si tratta di una realtà paradigmatica sia della complessa interazione nel sistema delle fonti tra diritto statale, diritto islamico e consuetudini, sia del rapporto tra diritto islamico e formazione del giurista, sia, infine, della resistenza della *šarī'a* di fronte alle nuove forme dell'acculturazione giuridica imposta dalle pressioni politiche ed economiche internazionali.

L'islam viene richiamato nella recente Carta costituzionale del 2004 e il diritto islamico permea buona parte della legislazione in materia di statuto personale contenuta all'interno del codice civile (*qānūn-i madanī*). E' inoltre previsto, come si avrà modo di analizzare, un sistema di controllo costituzionale delle leggi di conformità con l'islam ad opera della Suprema Corte. L'opera di ricostruzione che impone, sotto le mentite spoglie della cooperazione internazionale, modelli giuridici alieni alla tradizione giuridica locale, apre la strada a nuovi flussi giuridici: si impone, almeno sulla carta, il rispetto formale degli standard internazionali in materia di diritti umani, si restringono formalmente gli ambiti di applicazione del diritto islamico, ma le politiche legislative "illuminate" sostenute dalla comunità internazionale non riescono ad eradicare le varie forme di consuetudini, vero e unico diritto vivente ed effettivo in molte aree del paese. Cerchiamo di comprendere le ragioni di tale complessa realtà.

sono state riconosciute anche consuetudini contrarie. In alcune regioni del mondo islamico la consuetudine ha addirittura prevalso sulla *šarī'a*: così in talune regioni berbere del Maghreb e in Indonesia, ove il *fiqh* non ha avuto la forza di scalzare il precedente sostrato giuridico. E' questa una delle debolezze dei diritti a base religiosa quando mancano, per il loro riconoscimento, di una chiesa o di un braccio secolare. Può dirsi che la storia delle violazioni da parte della consuetudine dei confini posti dalla *šarī'a* identifica alcuni momenti fondamentali della storia giuridica dell'Islam stesso, tanto che taluni studiosi occidentali hanno voluto distinguere una storia giuridica islamica da una storia giuridica dell'Islam, considerando l'una il riflesso della dottrina, l'altra la vita effettiva del diritto dell'Islam", F. CASTRO, *Diritto musulmano e diritto dei paesi musulmani*, in *Enciclopedia Treccani*, vol. 11, pag. 231.

L'islam rappresenta il minimo comune denominatore, l'elemento unificatore di quel complesso mosaico etnico, linguistico e tribale che è l'Afghanistan²³.

La conquista delle regioni che formano l'attuale Afghanistan, tuttavia, non avvenne né rapidamente, né in maniera uniforme, lungo un arco di tempo che va dal I secolo dell'Egira fino al XIV secolo.

L'affermazione graduale dell'islam dal punto di vista diacronico, lo sviluppo delle vicende storiche del paese e la sua peculiare posizione geografica, sono tutti fattori che hanno determinato profonde differenze tra le varie "forme" di islam professato in Afghanistan.

Se, infatti, l'unità teologale e la funzione profetica di Muḥammad non vengono mai messe in discussione, la verità sulla vita giuridica delle comunità islamiche che si registra empiricamente nelle varie aree dell'Afghanistan è un'altra. L'islam ha volti differenziati, non solo all'interno delle varie regioni, ma all'interno delle stesse regioni, presso le varie etnie, nonché, all'interno delle varie etnie, secondo varie e contrapposte tradizioni. L'islam così pluralisticamente inteso finisce con il veicolare varie facce del diritto islamico, tanto da dar vita a forme articolate di pluralismo, una sorta di vero e proprio caleidoscopio giuridico. Occorre fornire qualche dato sulla composizione della società afgana²⁴.

Tutti gli Afgani sono ormai musulmani, a parte qualche migliaio di hindu e di sikh. La maggior parte di essi (circa l'85%) sono sunniti di rito hanafita. Per il resto, sono costituiti da sciiti duodecimani (di rito imamita ḡa'farita) essenzialmente Hazara, Qizilbash, concentrati soprattutto nelle città di Kabul, Herat e Qandahar, e una piccola minoranza ismailita (circa duecentomila persone fra gli Hazara di Kayan e fra i Tagiki) stanziata nelle valli del Badakhshan e nell'Hazarajat.

Dunque una prima, ovvia, differenziazione nelle varie forme di islam afgano è quella che intercorre tra sunniti e sciiti.

In Afghanistan, per ragioni storiche sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede, il *madhhab* sunnita hanafita è sempre riuscito ad imporsi sugli altri e, almeno formalmente, ha preteso un'omologazione ai dettami della scuola in maniera più rigida rispetto ad altri contesti islamici.

L'Afghanistan ha, storicamente, rappresentato per secoli la roccaforte del sunnismo hanafita nei confronti del vicino Impero safavide sciita e dell'India "pagana". Il privilegio della scuola hanafita ha costituito non soltanto una peculiarità afgana nella prassi giudiziaria dei secoli passati, ma ha rappresentato

²³ Si rinvia a M. EWANS, *Afghanistan. A Short History of Its People and Politics*, London 2002. Da ultimo, si veda l'efficace sintesi storica di E. GIUNCHI, *Afghanistan. Storia e Società nel cuore dell'Asia*, Roma 2007.

²⁴ Per maggiori dettagli, si rinvia a W. VOGELSAUNG *The Afghans*, Oxford 2002.

un fondamentale parametro di riferimento fin dal momento dei primi tentativi di codificazione del diritto positivo ad opera dell'autorità statale agli inizi del secolo scorso²⁵. L'elevazione del hanafismo a rango di scuola ufficiale del paese, come espressione dell'etnia pashtun detentrica del potere politico, ha comportato un'operazione di sistematica discriminazione delle minoranze musulmane appartenenti ad altre confessioni²⁶.

Malgrado una simile imposizione ufficiale, il diritto delle comunità sciite ha continuato a sopravvivere nel "diritto vivente", applicato nelle assemblee di villaggio (*ḡirga* e *shūrā*).

L'incidenza della componente religiosa sciita è, comunque, indiscutibile, anche se difficilmente quantificabile. Ma, a parte la comune lingua persiana, i gruppi sciiti afgani hanno poco in comune con i loro confratelli di fede iraniani: sono infatti registrabili grandi differenze in termini di condizioni economiche e, soprattutto, di tradizioni culturali. Va anche detto che tali ampie differenze si riscontrano anche all'interno delle stesse comunità sciite duodecimane dell'Afghanistan.

Così, ad esempio, i Qizilbash, insediati nelle aree urbane, hanno sempre goduto di posizioni sociali di prestigio e hanno prodotto una non trascurabile quantità di giuristi - teologi formati presso le autorevoli università delle città sante dell'Iran²⁷.

Le altre comunità sciite, invece, oggetto di costanti e forti persecuzioni, hanno spesso rivestito ruoli sociali marginali e hanno sviluppato una visione più popolare dell'islam e del diritto islamico.

Va infatti considerato che il diritto islamico di scuola ḡa'farita, fino all'attuale Costituzione del 2004, non è mai riuscito ad ottenere un riconoscimento formale, soprattutto in considerazione del fatto che la componente sciita imamita più numerosa rappresentata dagli Hazara ha sempre detenuto uno scarso potere economico e politico, occupando i ranghi più infimi nella scala sociale afgana. Ma, soprattutto, le varie comunità sciite non sono mai state in grado di esprimere a livello nazionale, figure carismatiche, giuristi ed autorità religiose così centrali nell'edificazione e nella trasmissione del sapere e della tradizione sciita²⁸.

²⁵ M. H. KEMALI, *Law in Afghanistan. A Study of the Constitutions Matrimonial Law and the Judiciary*, Leiden, 1985. Si veda anche M. PAPA, *Afghanistan: tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra šari'a, consuetudini e diritto statale*, Torino 2006.

²⁶ G. DORRONSORO, *Revolution unending*, New York 2005, p. 34 ss.

²⁷ L. CAPEZZONE-M. SALATI, *L'Islam sciita. Storia di una minoranza*, Roma 2006, p. 300 ss.

²⁸ Le differenziazioni etniche fra le varie componenti sciite minoritarie ha impedito oltretutto che si creasse fra loro un'unità su cui far leva nelle rivendicazioni contro la maggioranza sunnita.

Lo sciismo degli Hazara non contiene, tuttavia, elementi teologici che lo differenzino da quello iraniano ma, come accennato, presenta aspetti assai marcati di religiosità popolare; al tempo stesso la venerazione dei *sādāt* (discendenti del Profeta Muḥammad) vi riveste un ruolo preminente, proprio in considerazione della mancanza di un “clero” istruito. La grande influenza dei *sādāt* sulla società è comune, oltre che ad altre comunità afgane, ai gruppi di hazara che professano il sunnismo (tali i clan Shaykh ‘Alī, Firūzkūhī e Baghdīsī) o l’ismailismo (a Kayan).

Proprio per tali ragioni, presso le comunità sciite d’Afghanistan, dello sciismo si è conservato maggiormente il rituale relativo alle *‘ibādāt*, agli atti di culto, rispetto alle *mu‘āmalāt* (i *negotia*) del diritto islamico. E’ mancato, in definitiva, uno sviluppo organico di un sistema giuridico strutturato secondo i canoni della scuola imamita, supportato da un’autonoma ed influente classe di giuristi.

Al più, il *corpus* di norme del diritto ḡa’farita veniva (viene?) applicato, in commistione con le regole del *rawāḡ*, il diritto consuetudinario degli Hazara, dalle strutture tribali omologhe della *ḡirga* pashtun: le *maraka*, talvolta denominate più islamicamente *shūrā* o *ulus*.

Superfluo, a questo punto, sottolineare come assolutamente scarsa sia stata la capacità di contrastare il predominio sunnita da parte delle altre minoranze e movimenti religiosi esistenti in Afghanistan, i quali, peraltro, continuano a rimanere non studiati dalla dottrina afgana né da quella occidentale.

La storia giuridica dell’Afghanistan ha, dunque, sempre visto l’affermarsi della supremazia sunnita hanafita per le ragioni che sono sostanzialmente riconducibili alla tradizionale preminenza politica e militare delle tribù pashtun, nerbo e fondamento dello stato.

Ma elementi di diversificazione fra le varie epifanie giuridiche furono e sono offerti anche dalla presenza importante delle confraternite sufi, essenzialmente della naqshbandiyya e della čistiyya.

Il sufismo, di per sé movimento rivolto ad un ideale ascetico e mistico, finisce con l’attirare folle di seguaci in forma associata che richiedono alla congregazione di caricarsi di compiti che normalmente gravitano sull’organizzazione politica. La presenza delle confraternite può favorire sia l’unità della compagine statale attraverso frontiere di natura etnica, sia, al contrario, provocarne una frammentazione sottraendo il riferimento diretto dello stato con i cittadini.

In linea generale, dunque, anche in Afghanistan la congregazione può considerarsi come alternativa alle strutture universali della comunità islamica (*umma*). Poco importa che la confraternita nel recupero di tradizioni ancestrali si ponga in linea ovvero, più frequentemente, in contrasto con il diritto islamico ufficiale propugnato dai dotti *fuqahā*: il vincolo di affiliazione prevale su ogni

altra cosa e impegna praticamente il credente alla versione dell'islam e del diritto islamico trasmesso dalla confraternita.

3. *Šarī'a* e consuetudini nella società afgana: una complessa interazione

La struttura tribale fa sì che il diritto consuetudinario costituisca lo strato quantitativamente più consistente e, per certi aspetti, più rilevante nella vita quotidiana delle comunità soprattutto rurali dell'Afghanistan. Il sistema giuridico statale supportato dalla comunità internazionale sembra, invece, affermarsi limitatamente alle maggiori aree urbane.

In entrambi i casi, la *šarī'a* gioca un ruolo importante. Nel primo caso essa viene invocata, esplicitamente o implicitamente attraverso la partecipazione nelle *ḡirga/shūrā* di figure religiose, per legittimare la norma consuetudinaria, anche quando questa sia palesemente in contrasto con i principi e le regole dell'islam²⁹. Nel secondo caso (le aree urbane), il richiamo alla tradizione sciaraitica condiziona sostanzialmente il processo di riforma e obbliga il legislatore ad un ossequio, almeno formale, nei suoi confronti³⁰.

Fra il substrato consuetudinario che funge da cemento della società non solo rurale e l'iperstrato delle istituzioni statali si colloca, dunque, la *šarī'a* la quale si comporta come una sorta di Giano bifronte: da un lato, essa guarda con sospetto alle regole tradizionali e alle varie assemblee di villaggio chiamate ad applicare tali regole anche se poi, di fatto, finisce con il tollerare anche le forme più apertamente contrarie all'ortoprassi giuridica islamica; dall'altro, la *šarī'a*, *rectius* la versione più dotta degli '*ulamā'* hanafiti, interagisce con la norma di produzione statale, condizionandone talvolta il contenuto e, comunque, esigendo a livello più generale il pieno rispetto dei principi islamici³¹.

²⁹ Sul funzionamento della giustizia tradizionale e dei vari meccanismi presso le varie etnie, si veda il pregevole lavoro di A. WARDAK, *Jirga: Power and Traditional Conflict Resolution in Afghanistan*, in *Law After Ground Zero*, J. Strawson, ed., New York 2002. Durante il regime dei Talebani (1996-2001), al fine di assicurare la conformità alle regole della *šarī'a* nell'amministrazione della giustizia tradizionale, venne stabilito che le *ḡirga* fossero composte da figure religiose. Su tali aspetti si veda W. MALEY, *Fundamentalism reborn? Afghanistan and the Taliban*, (interventi di Saikal, Davis, Rashid, Mackenzie, Hyaman, Ahady, Keating, Dupree, Glatzer, Roy e Shahrani), Hurst and Company, 1998.

³⁰ Si veda *infra* paragrafo seguente e, in modo particolare, quanto affermato a proposito dell'art. 3 della Costituzione afgana del 2004 ai termini del quale nessuna legge può porsi in contrasto con i principi della sacra religione dell'islam.

³¹ Emblematica di tale prospettiva modernista della *šarī'a* a scapito della norma consuetudinaria è la formulazione dell'articolo 54 della nuova Costituzione afgana del 2004. A proposito della famiglia, ritenuta la monade essenziale della società, l'articolo in questione

La compatibilità della consuetudine con l'islam e con i principi della *šarī'a* è, dunque, la chiave di volta della realtà giuridica afgana³².

Alcune consuetudini hanno opposto un'incredibile resistenza all'imporsi delle regole sciaraitiche e sono riuscite a sopravvivere, specialmente nelle regioni rurali ove più forte è la struttura tribale della società.

Il grado di compatibilità varia, ovviamente, da materia a materia ma, in generale, si può registrare una più decisa insofferenza islamica nel settore dello statuto personale – cioè del diritto delle persone della famiglia e delle successioni – ma anche all'interno di quest'area le norme sciaraitiche non presentano lo stesso grado di intangibilità. La capacità di imporsi della regola consuetudinaria è, talvolta, rinvenibile nell'ambito del diritto penale, perfino in quelle fattispecie disciplinate direttamente nel Corano (*ḥudūd*), dando luogo ad eclatanti deviazioni dalle norme sciaraitiche³³.

Spesso, dunque, *šarī'a* e consuetudine convivono fianco a fianco, articolandosi in forme diverse di interazione. Talvolta, la regola consuetudinaria vive nella versione locale dell'islam, suffragata da una prassi inveterata ma non riconosciuta ufficialmente dai dottori della legge (*fuqahā*). Altre volte, la regola tradizionale mantiene intatta la propria connotazione laica e si contrappone in maniera aperta alla *šarī'a* rivendicando da quest'ultima l'atteggiamento di generica tolleranza che solitamente accorda alla consuetudine.

Ovviamente è possibile, come effettivamente avviene nella maggior parte dei casi, che l'applicazione di regole consuetudinarie contrasti in maniera inequivocabile con i principi e le soluzioni offerte dalla *šarī'a*.

Va detto, però, che nella maggior parte delle volte, il potenziale conflitto di norme viene annientato nella percezione nella coscienza sociale, soprattutto dei

recita: "La famiglia è l'unità fondamentale della società ed è protetta dallo stato. Lo stato adotterà le misure necessarie per assicurare il benessere fisico e psicologico della famiglia, specialmente del bambino e della madre, la tutela dei bambini, nonché l'eliminazione delle tradizioni contrarie alle regole della sacra religione dell'Islam".

³² Per un'ampia panoramica sull'argomento, si veda M. H. KAMALI, *Islam, Pernicious Custom, and Women's Rights in Afghanistan*, Kuala Lumpur 2003.

³³ E' noto come la tradizione islamica preveda la sanzione della lapidazione in caso di comprovato adulterio o fornicazione. Ebbene, sembra che presso alcune tribù della provincia di Paktia, in caso di flagranza di adulterio, il marito possa alternativamente vendicarsi uccidendo la moglie fedifraga e il proprio amante, ovvero possa costringere quest'ultimo a sposarla, dopo che essa sia stata ripudiata, in cambio del contestuale versamento di una somma consistente di denaro (*walwār*) che consenta al marito tradito di contrarre nuove nozze.

Pashtūn, poiché non è avvertita alcuna contraddizione tra il modo di essere *pashtūn* e il modo di essere musulmano³⁴.

Così a titolo esemplificativo, con riferimento al diritto ereditario, malgrado la *šarī'a* preveda la titolarità per le eredi di sesso femminile di una quota del patrimonio³⁵ e il codice civile garantisca analogamente, sulla base della scuola hanafita, ampi diritti successori³⁶, le donne afgane sono sistematicamente escluse dalla successione ereditaria, specie se l'asse comprende fondi agricoli. Le femmine solitamente non ricevono la loro parte di eredità, perché i membri maschi della famiglia considerano praticamente una sorta di liquidazione anticipata sui diritti successori il pagamento che essi sono costretti a fare alla famiglia del marito al momento del matrimonio sia pure sotto forma di utensili da consegnare alla futura sposa. Anche in quelle realtà dove tali prassi non è osservata, spesso le donne ignorano di avere diritti sull'asse ereditario e anche nel caso in cui ne fossero consapevoli (attraverso, ad esempio, la lettura del testo coranico), si guardano bene dal rivendicare i propri diritti per timore di inimicarsi i fratelli, i soli ai quali si può far ricorso in caso di ripudio o maltrattamenti, in mancanza di figli maschi maggiorenni.

Nell'ambito del diritto penale, in caso di commissione di reato al reo, in alternativa alla vendetta, viene richiesto, analogamente al modello islamico, di versare a titolo risarcitorio alla vittima il *pretium sanguinis*, il *poar*, conosciuto anche come *khūn*. L'ammontare del *poar* differisce nelle diverse tribù per le varie

³⁴ Scrive chiaramente P. KAKAR: "Even though the Shari'a and the pashtunwali overlap in the Pashtun consciousness, they are seen as functioning for a different purpose. The Shari'a represents God's will for humanity on earth and is practiced because it is a moral code whereas pashtunwali is seen as a matter of honour, which to a Pashtun is defined by a person's integrity in upholding and practising the concepts that make up pashtunwali", in *Tribal Law of Pashtunwali and Women's Legislative Authority*, paper from the "Afghan Legal History Project of Harvard Law School", 2004, nota 18, pp. 2-3.

³⁵ Le donne, com'è noto, rientrano nella categoria dei cosiddetti eredi *farḍ*, cioè obbligatori, la cui quota è direttamente prevista nel Corano. Sul diritto ereditario islamico, cfr. le accurate opere di A. CILARDO, *Il diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite*, Roma-Napoli 1994, nonché, utile ai fini di un riscontro con la prassi del diritto ereditario delle comunità sciite d'Afghanistan, *Il diritto ereditario Islamico delle scuole giuridiche ismailita e imamita. Casistica*, Roma-Napoli 1993.

³⁶ L'istituto della successione è regolato rigorosamente dal Codice Civile afgano e modulato sulla base del *fiqh* hanafita. Le regole sulla successione si fondano su quattro principi: i coniugi, i genitori ed i bambini godono del diritto inalienabile alla successione, la massa ereditaria sarà divisa in modo progressivo rispetto alla prossimità del rapporto tra *de cuius* e parente, le donne riceveranno una quota stabilita mentre i parenti di sesso maschile riceveranno una quota doppia rispetto a quella percepita dalle donne di pari grado (artt. 2001-2023 cod. civ.).

forme di reato³⁷. In caso di omicidio doloso, se i parenti della vittima rinunciano alla vendetta ed il reo accetta la decisione della *ġirga*, quest'ultimo sarà responsabile per l'intero *poar*. In simili casi, il *poar* può consistere nella consegna di due ragazze vergini o *pighlas* (conosciute nei vari contesti anche con il nome di *spin paitsa*, *got laka* e *roni*) le quali vengono date in sposa a un membro della famiglia della vittima con cerimonie nuziali particolari³⁸. Quest'ultima pratica, purtroppo assai frequente, ricade sotto il concetto di *badd* che letteralmente significa scambio, equivalente o vendetta e costituisce uno degli aspetti più discriminanti ed aberranti del diritto consuetudinario afgano.

Le ragazze vengono date in matrimonio come mezzo di riconciliazione fra le famiglie, senza che si versi il tradizionale "prezzo della sposa" (*walwār* conosciuto anche come *peshkesh* nelle varie lingue afgane)³⁹. La *ratio* di quest'ultimo istituto è da ricercarsi nell'idea che lo sposo debba rimborsare la famiglia della sposa per la perdita finanziaria che essa subisce a causa del matrimonio della figlia⁴⁰.

Visto da una prospettiva prettamente pashtun, il "prezzo della sposa" investe questioni d'onore: quanto maggiore sarà il prezzo del *walwār*, tanto più elevato sarà il senso di considerazione della famiglia dello sposo per la moglie⁴¹.

³⁷ Generalmente la tradizione pashtun tratta in maniera differenziata l'omicidio doloso e quello accidentale.

³⁸ Talvolta, in aggiunta al matrimonio forzato riparatore, viene versata una somma di denaro alla famiglia della vittima. Generalmente, tuttavia, la *datio in solutum* delle ragazze viene preferita al versamento del denaro, poiché grazie alla creazione di vincoli di sangue tra le due famiglie l'originaria inimicizia viene trasformata in solida alleanza.

³⁹ Sul *walwār* si veda M. H. KEMALI, *op. cit.*, p. 91. Sul punto si veda anche N. TAPPER, *Bartered Brides. Politics, Gender and Marriage in an Afghan Tribal Society*, 1991, p. 149.

⁴⁰ Per un'analisi strutturale dell'istituto e delle dinamiche connesse nelle aree del Turkestan afgano, presso le tribù Maduzai, si rinvia a N. TAPPER, *op. cit.*, pp. 141-156. La pratica è anche conosciuta in altri paesi della regione, come nel vicino Iran dove è denominata *shūr-bahā*, "prezzo del latte".

⁴¹ M. AFRIDI, *Pakhtun Customs Relating to Birth, Marriage and Death: Monthly Diplomat*, in "Pakistani Magazine", rinvenibile nel sito www.diplomat.com.pk. Nel rapporto si sottolinea come il *walwār* sia diretto al sostentamento della famiglia della sposa, impegnata ad acquistare per la propria figlia monili d'oro e d'argento, abiti, suppellettili ed utensili a titolo di dote. Ma, si osservi, benché l'obbligo di pagare una dote per la propria figlia possa comparire parallelamente e saltuariamente, tale pratica non è comunque ritenuta obbligatoria. Quanto all'ammontare del *walwār* esso varia da provincia a provincia ed in considerazione dello stato sociale. Così ad esempio, N. Tapper, sostiene che "A brideprice is customarily seen as the equivalent of one hundred sheep", *op. cit.*, 1991, p. 142. Attualmente il "prezzo della sposa" può variare da 85.000 Afghani (circa 1600 Euro) a 1.700.000 Afghani (circa 32.000 Euro) per una ragazza vergine. Questo ammontare potrebbe essere persino più elevato se l'uomo è già sposato; il *walwār* potrebbe essere raddoppiato nel caso di terzo matrimonio ed aumentare

Si tratta, dunque, di una somma di denaro o di beni in natura che lo sposo o la sua famiglia deve pagare al capo della famiglia della futura sposa, in aggiunta al versamento dell'islamico donativo nuziale (*mahr*) che, però, rimane proprietà esclusiva della donna. Proprio la prevalenza dell'istituto del *walwār*, che trae origine dalla tradizione tribale afgana, finisce con il rendere assai esiguo l'ammontare del *mahr* e fa venir meno l'unica forma di sostentamento economico della donna la quale si trova indissolubilmente legata al mero arbitrio del marito.

Molteplici sono gli effetti negativi dei vari tipi di matrimoni forzati: molto spesso si tratta di unioni che vedono coinvolte giovani ragazze spesso minorenni, talvolta impuberi, date in sposa a uomini abbienti molto più anziani di loro: esse finiscono con il vivere nel migliore dei casi nel più profondo senso di frustrazione, vittime di abusi e maltrattamenti nella maggior parte dei casi. Se infatti, malgrado il matrimonio, l'ostilità non viene placata le ragazze continuano a vivere in un ambiente ostile senza alcuna protezione. Per contro, i ragazzi che vengono fatti oggetto di matrimoni forzati, una volta raggiunta la maggiore età e la capacità finanziaria, spesso ricorrono ad un matrimonio poliginico, rendendo molto più difficile la vita familiare.

Molto spesso, matrimoni tra minori, matrimoni forzati e poliginia sono praticati come strumenti di politica tribale⁴².

Si tratta di alcuni, significativi, esempi del complesso rapporto d'interazione tra consuetudini e diritto islamico in Afghanistan. Occorre, dunque, analizzare la posizione ufficiale di quest'ultimo nell'attuale ordinamento afgano, sia in una prospettiva pluriconfessionale, sia per comprendere quali possano essere le sfide che attendono la società afgana derivanti dalla diversa estensione dell'applicazione della *šarī'a*.

4. Islam e *šarī'a* nella Costituzione: i riflessi sul diritto privato

La Costituzione afgana del 2004 si caratterizza nella storia giuridica del paese per l'inedita proclamazione contenuta nel primo articolo secondo il quale "l'Afghanistan è una Repubblica islamica, uno stato indipendente, unitario ed indivisibile". Il testo, tuttavia, non aggiunge alcuna specificazione, alcuna

ulteriormente nei casi – sporadici – di matrimonio tetraginico. È appena il caso di aggiungere che il *walwār* può variare in funzione della verginità, della bellezza, dell'educazione, e dello stato sociale della famiglia. Cfr. N. REA, K. KHURRAM, *The International Legal Foundation* (ILF), *The Customary Laws of Afghanistan* (September 2004), una compilazione delle norme consuetudinarie pashtun delle aree del Sud e dell'Est dell'Afghanistan.

⁴² Si veda M. H. KEMALI, *Islam, op. cit.*, p. 4.

ulteriore informazione utile sulla portata e l'ampiezza della locuzione "Repubblica islamica"⁴³.

Il ruolo centrale dell'islam viene ribadito a chiare lettere nel successivo articolo 2 il quale (in linea con la precedente Carta del 1964 che ha costituito la base per la redazione dell'attuale Carta costituzionale) stabilisce che l'islam è la sacra religione della Repubblica islamica d'Afghanistan e, contestualmente, si stabilisce il diritto dei non musulmani di professare la propria religione nei "limiti previsti dalla legge"⁴⁴.

Più significativo ancora, in questa prospettiva confessionale, è l'art. 3 della Costituzione secondo il quale in Afghanistan nessuna legge può essere contraria ai principi (*'tiqadāt*) e ai precetti (*aḥkām*) della sacra religione dell'islam.

Il tenore e la portata dell'articolo sono suscettibili di essere interpretati estensivamente sino a ricomprendere non soltanto i principi fondamentali dell'islam, ma anche i precetti elaborati dai giuristi che possono investire aspetti secondari legati alla quotidianità⁴⁵.

⁴³ Nessun'altra norma del progetto costituzionale aveva causato così ampia esitazione ed incertezza nella formulazione. Già nel corso del dibattito al momento della redazione del progetto ad opera della Commissione di Revisione costituzionale, il problema si era posto in maniera molto evidente. I sostenitori dell'instaurazione di una Repubblica *tout court* insistevano sul fatto che la scelta del binomio Repubblica islamica non apparteneva alla tradizione giuridica afgana e che tale formulazione non era esplicitata in alcun modo nella bozza del testo che si sarebbe andati a sottoporre alla *Loya ḡirga*: si sarebbe operata, così, una sorta di *contradictio in adjecto*. I ferventi repubblicani "laici" sostenevano che la nuova politica del nascente stato afgano rischiava di rimanere indefinita e vaga proprio con riferimento ad uno dei pilastri fondanti. La mancanza di specificazione nel testo della costituzione dell'islamicità avrebbe comportato non poche difficoltà al Governo e all'Autorità giudiziaria, soprattutto con riferimento alle grandi sfide poste dalla presenza della *ṣarī'a*, ossia le pene *ḥudūd*, il divieto di interesse (*ribā*) e la condizione femminile.

⁴⁴ Su tale specifico punto si rinvia a G. ARCHAMBAUD, *Le principe d'égalité et la Constitution de l'Afghanistan de Janvier 2004*, Paris 2005, p. 89 ss.

⁴⁵ La vaghezza dell'articolo, interpretato restrittivamente dai vertici della Suprema Corte (*maḥkama stera*), aveva dato luogo nel maggio del 2003 all'emanazione di una *fatwā* sulla base della quale veniva condannato l'uso della TV satellitare, in quanto strumento demoniaco che poteva incoraggiare la promiscuità e come tale contrario ai principi e ai precetti dell'islam. Più recentemente, nel gennaio 2004, la Suprema Corte ha emanato un ulteriore responso giuridico con il quale si vietava l'apparizione della cantante Ustad Mahwash sul canale televisivo di Kabul, poiché tale visione in pubblico di una figura femminile in atteggiamenti immorali avrebbe dovuto essere considerata illecita (*ḥarām*) secondo i principi dell'islam. Il caso fu portato all'attenzione dei media internazionali e lo stesso Presidente Karzai fu costretto ad intervenire in difesa della cantante, sostenendo che la presenza femminile nella TV afgana rientrava ormai in una prassi consolidata e, in ogni caso, sarebbe stato il Ministero

Tuttavia, la Costituzione del 2004 nell'eliminare la qualificazione "fondamentali" dalla locuzione "principi dell'islam" ha affermato una maggiore adesione ai principi della tradizione costituzionale islamica: sembrerebbe in tal modo sbarrarsi la strada ad ogni forma di legislazione statale che contravvenga i principi dell'islam fondamentali o meno che siano.

La *šarī'a*, sebbene non venga menzionata espressamente nel testo costituzionale, scacciata dalla porta rischia di rientrare dalla finestra, qualora le mutate condizioni politiche consentano un'adeguata opera di islamizzazione⁴⁶.

La Carta costituzionale afgana del 2004 è, invece, un significativo esempio di come possa articolarsi il pluralismo giuridico intra-islamico, ossia uno stato islamico pluriconfessionale nel quale venga riconosciuta la possibilità di applicare varie versioni del diritto musulmano alle diverse comunità presenti sul territorio⁴⁷.

Una prima, importante, differenza, infatti, balza agli occhi rispetto al testo del 1964, poiché nella nuova Carta è stata omessa la frase che imponeva l'osservanza del rito hanafita come versione ufficiale dell'islam. Cade, quindi, l'ultimo baluardo che voleva il *madhhab* hanafita eletto a scuola di riferimento esclusivo nell'ordinamento di un paese islamico⁴⁸. L'omissione, frutto di un compromesso politico con le comunità etniche di confessione sciita imamita esplicitato nel

dell'Informazione e della Cultura a decidere in merito. Il Ministero decise nel senso di considerare lecita la prassi e autorizzò il proseguimento del programma. Il problema è nuovamente tornato alla ribalta della cronaca nel gennaio del 2008, quando alcuni *mullā* hanno richiesto al Governo la chiusura dell'emittente privata Tolo TV, molto seguita dalla popolazione giovane di Kabul, per la contrarietà alla morale islamica delle immagini da essa trasmesse. Ancora una volta, si richiede al Consiglio degli '*ulamā*' della Corte Suprema l'emanazione di una *fatwā* di condanna, sulla base della quale ottenere il provvedimento amministrativo di oscuramento della rete televisiva.

⁴⁶ Sicuramente, una versione più laicizzante e di maggiore potenzialità modernizzante avrebbe potuto essere quella adottata dalla vecchia Costituzione del 1923 la quale, in maniera inequivocabile, richiedeva semplicemente che nel processo di legiferazione si sarebbe dovuta prestare una prudente considerazione ai principi dell'islam.

⁴⁷ Il pluralismo giuridico, com'è noto, può essere inteso in varie accezioni. Esso può anche riferirsi all'esistenza di regole che si applicano a diversi gruppi all'interno dei confini dello stato, come nel caso della compresenza di diverse comunità religiose a ciascuna delle quali viene riconosciuta la possibilità di applicare il proprio diritto nelle materie più intimamente riconnesse alla sfera giuridico-religiosa. Per un esempio di vero e proprio pluralismo interreligioso si veda M. S. BERGER, *Secularizing Interreligious Law in Egypt*, in *Islamic Law and Society*, 12, 3, 2005, pp. 394 – 418.

⁴⁸ Cfr. P. Bearman, R. Peters and F. Vogel (ed.), *The Islamic School of Law: Evolution, Devolution, and Progress*, Cambridge 2005.

riconoscimento attribuito al *fiqh* sciita nel successivo art. 131, è diretta ad evitare ogni potenziale conflitto di norme ⁴⁹.

La Costituzione del 2004 mantiene, soltanto in via residuale, tale privilegio della scuola hanafita, prevedendo all'art. 130 che "in caso di lacuna della legge statale e del dettato costituzionale, le corti possano emettere una decisione che assicuri la giustizia nel miglior modo possibile, sulla base dei principi del *fiqh* hanafita e nei limiti previsti dalla Costituzione".

Se, da un lato il *madhhab* hanafita conserva la propria posizione privilegiata, dall'altro la necessità di rendere giustizia nel migliore dei modi sembrerebbe *prima facie* riservare un maggior spazio all'*iğtihād* del giudice.

In realtà, l'abbandono della formula "secondo la loro (dei giudici) opinione", che ricorreva dopo l'espressione "seguendo i principi fondamentali del *fiqh* hanafita" contenuta nel testo costituzionale del 1964, limiterebbe fortemente il ricorso alla pratica dell'*iğtihād* giurisprudenziale in nome di una maggiore obiettività delle decisioni giudiziali. Tale limitazione tecnica, peraltro confinata alla scuola hanafita, e il mancato espresso richiamo alla *šarī'a* sembrerebbero rispondere alla necessità del legislatore costituzionale afgano di voler conferire all'attività giudiziale un'impostazione maggiormente statalista.

In altri termini, conformemente a quanto sostiene una parte della dottrina afgana, il riferimento in via sussidiaria al *fiqh* hanafita, il mancato richiamo alla *šarī'a* e all'opinione dei giudici, implicherebbe che al giudice sia precluso il ricorso diretto alle fonti (*uṣūl*) del diritto musulmano: in tal modo il Corano e la Sunna non entrerebbero a far parte delle fonti primarie dell'ordinamento e si favorirebbe così un'impostazione maggiormente laica del sistema afgano⁵⁰.

Attualmente, dunque, in Afghanistan l'applicazione del diritto hanafita incontra un duplice limite: uno di natura intrinseca, in base al quale vi si può ricorrere soltanto in via residuale qualora non vi siano espresse disposizioni della Costituzione o delle altre leggi statali; ma ulteriori limiti all'applicazione dell'interpretazione hanafita possono derivare ogni qualvolta si profili un eventuale contrasto con le clausole costituzionali ritenute fondamentali, quali

⁴⁹ La Costituzione richiede, inoltre, che il capo dello stato sia musulmano. Egli è tenuto a giurare di proteggere i principi fondamentali della sacra religione dell'islam, della Costituzione e delle altre leggi dello stato (art. 64). Ma, contrariamente a quanto previsto dalla Costituzione del 1964, egli non deve essere un seguace del rito hanafita. Il mantenimento di una simile clausola costituzionale avrebbe urtato con il riconoscimento di altri *madhhab* ed in particolare con il riconoscimento della scuola sciita *ğā'farita*.

⁵⁰ M. H. KEMALI, *op. cit.*, p. 98.

quelle sull'uguaglianza di cui all'art. 22 e quelle sui diritti e le libertà fondamentali⁵¹.

Con riferimento alla dimensione pluriconfessionale tracciata nella Costituzione, sia pure in una prospettiva intra-islamica, meritano di essere segnalati altri aspetti.

La Costituzione, all'art. 131, riconosce la possibilità che venga applicato il diritto di scuola *ḡa'farita* agli sciiti duodecimani. Tale norma, introdotta con intenti di pacificazione e riconciliazione nazionale fra le varie componenti etniche del paese, finisce con il sollevare una serie di questioni con riferimento ai fenomeni soggiacenti.

Per la prima volta nella storia giuridica dell'Afghanistan viene riconosciuta l'esistenza di un diritto pluriconfessionale, sia pure nell'accezione ristretta comprendente, oltre ai sunniti di rito hanafita, soltanto gli sciiti duodecimani. Nessuna menzione, infatti, viene effettuata delle comunità sciite ismailite presenti nel paese. Se ciò da un lato rinvia alla natura personale del diritto musulmano, dall'altro il riconoscimento dei vari *madhhab* implica l'individuazione di un criterio di prevalenza in caso di conflitto di leggi applicabili. La Carta Costituzionale, a tale proposito, lascia intendere che in simili casi debba prevalere, per ragioni di ordine pubblico, il *fiqh* hanafita⁵².

In una fase come quella attuale di ricostruzione dell'ordinamento giuridico sulla base di moderni criteri di uguaglianza e non discriminazione, pilastri fondanti dello stato di diritto che faticosamente si tenta di ristabilire sulle ceneri del disastroso conflitto ultraventennale, non è possibile, ovviamente, prescindere da un'adeguata tutela delle minoranze religiose⁵³. A tali minoranze, deve essere riconosciuta la possibilità concreta di vedersi applicato il proprio diritto in tutti quei settori, quali lo statuto personale, più distanti dalla disciplina giuridica della maggioranza sunnita hanafita, non soltanto per ragioni di equità e non discriminazione, ma anche in funzione del mantenimento della pace sociale.

La Costituzione del 2004, all'art. 131, sembra andare in questa direzione, riconoscendo la possibilità di applicazione del diritto sciita *ḡa'farita* alle parti in lite, qualora esse siano entrambe seguaci dell'imamismo duodecimano.

⁵¹ Cfr. G. ARCHAMBAUD, *Le principe d'égalité et la Constitution de l'Afghanistan de Janvier 2004*, cit., p. 55.

⁵² Sul concetto di ordine pubblico nel *fiqh* hanafita, si veda M. S. BERGER, *op. cit.*, p. 407.

⁵³ Oggi l'obiettivo degli Hazara dell'Afghanistan non è tanto l'autonomia del loro territorio, quanto la creazione di una società multiculturale, multiconfessionale e multilinguistica. La formulazione dell'articolo in questione rappresenta soltanto una prima, importante ma formale, tappa verso l'effettiva realizzazione degli obiettivi.

A fronte di tale riconoscimento teorico, tuttavia, molte questioni ancora rimangono aperte, ad iniziare dall'effettiva disponibilità di fonti e testi giuridici della dottrina sciita imamita, alla formazione dei giudici e degli operatori⁵⁴.

L'articolo 131 prevede, infatti, che nel caso in cui nelle questioni relative allo statuto personale siano coinvolti cittadini musulmani appartenenti alle comunità sciite⁵⁵, le corti possano applicare il diritto di scuola sciita "in conformità alla legge dello stato".

La norma in questione non specifica, innanzitutto, cosa debba intendersi per comunità sciita ma è assai probabile, per ragioni intrinseche, che non vengano incluse le comunità sciite ismailite le quali, oltre a costituire un'esigua minoranza non ufficialmente riconosciuta, si basano, come detto, su fonti giuridiche esoteriche.

L'intento del legislatore, secondo la più autorevole dottrina, sarebbe, dunque, quello di procedere ad una codificazione dello statuto personale nella versione sciita ġa'farita. Tale atteggiamento di apertura nei confronti del *fiqh* sciita è, tuttavia, negato nel caso di controversie di natura diversa dallo statuto personale: in tali materie, anche nel caso in cui entrambe le parti coinvolte siano appartenenti alla scuola sciita, il ricorso al *fiqh* ġa'farita, sarebbe virtualmente possibile soltanto in mancanza di uno specifico testo di legge o di disposizioni costituzionali.

L'espressa menzione dello statuto personale nella lettera dell'art. 131 sembrerebbe escludere, tuttavia, dall'ambito di applicazione delle norme di diritto musulmano sciita quei settori giuridici che maggiormente possono differire dalla versione sunnita hanafita, quali il diritto penale e il diritto costituzionale⁵⁶.

La giustapposizione dei *madhhab* hanafita e ġa'farita nell'ordinamento giuridico afgano costituisce sicuramente un importante passo avanti nella direzione dell'armonizzazione delle varie componenti etniche e contribuisce ad un consolidamento dell'unità nazionale.

Il riconoscimento a livello costituzionale del *fiqh* sciita ġa'farita può, infatti, avere un notevole impatto positivo sulle relazioni fra le diverse comunità⁵⁷

⁵⁴ E' assai probabile che anche in futuro, così come sta accadendo in questa fase di ricostruzione dell'ordinamento, vi possano essere flussi giuridici dal vicino Iran in termini di fornitura di testi alle biblioteche delle università afgane, corsi di formazione per giudici e scambio di docenti universitari.

⁵⁵ Si noti l'uso della terminologia giuridica: si fa riferimento alle comunità (*ahl*) sciite.

⁵⁶ Tale è da intendersi l'intenzione del legislatore poiché, ovviamente, il diritto pubblico richiede un'uniforme applicazione sul territorio dello stato. Cfr. M. H. KEMALI, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁷ La Costituzione del 2004 tiene conto espressamente, per la prima volta nella storia del costituzionalismo afgano, dei vari gruppi etnici. L'art. 4, espressione della necessità di giungere ad una riconciliazione di un paese frammentato fra le diverse etnie, menziona espressamente i

nell'ottica di un generale spirito di riconciliazione nazionale cui ambisce la Costituzione. La dimensione politica della norma è, infatti, di tutta rilevanza ed evidenza. Essa mira a ridurre il radicato malcontento delle comunità sciite e a ricondurre un loro riconoscimento all'interno della compagine statale e dello stato di diritto⁵⁸.

Con riferimento alla figura del Capo dello Stato e l'osservanza della tradizione islamica, vanno sicuramente annoverate alcune rivoluzionarie novità rispetto alla tradizione islamica. Se da un lato viene ribadito l'obbligo di appartenenza alla religione islamica per il Presidente della Repubblica, dall'altro, sulla spinta anche di forti pressioni internazionali verso l'attuazione di una maggiore uguaglianza di genere, vengono ammesse anche le donne alla candidatura delle più alte cariche dello stato⁵⁹.

Pashtun, i Tagiki, gli Hazara, gli Uzbeki, i Turkmeni, i Baluci, i Nuristani, gli Aymaq, gli Arabi, i Qirghizi, i Qizilbash, i Gujuri e i Brahui come gruppi appartenenti alla nazione afgana. Un approccio analogo si afferma nella redazione dell'articolo 16 relativo alle lingue nazionali: accanto alle lingue ufficiali - pashtu e dari -, vengono enumerate altre lingue dell'Afghanistan come l'uzbeko, il turcmeno, il baluchi, il pashai, il nuristano, il pamiro.

⁵⁸ Suonano ancora attuali le parole di 'Abd 'Ali Magari, capo del partito *Wahda*, ucciso dai Taliban nel 1996: "Noi Hazara, non abbiamo mai avuto niente in Afghanistan e non vogliamo alcun vantaggio ora [...] Noi vogliamo creare un'atmosfera di fratellanza e di collaborazione [...] dove essere Hazara non sia più un crimine [...] in un paese di fratelli e sorelle, di ideali, speranze e sogni", cit. in R. L. CANFIELD, *New Trends among the Hazaras: From "The Amity of Wolves" to the Practice of Brotherhood* in, "Iranian Studies", 37, 2, 2004, p. 262, nota 8.

⁵⁹ L'esclusione delle donne sarebbe stata, inoltre, in palese contrasto con il tenore dell'art. 33 sulla base del quale tutti i cittadini dell'Afghanistan possono essere eletti negli uffici pubblici, nonché con il dettato dell'art. 22 che proibisce ogni forma di discriminazione fra i cittadini afgani. Costituisce, inoltre, una notevole innovazione la formulazione grammaticale ricorrente nel capitolo III relativo ai requisiti per la Presidenza della Repubblica (artt. 60-71), per i quali il capo dello stato non deve essere necessariamente un maschio musulmano: anche una donna, Masouda Jalal, per la prima volta nella storia del paese ha potuto concorrere alle elezioni presidenziali del 2004. L'assenza di un impedimento formale alla candidatura di una donna alla guida della presidenza costituisce sicuramente un importante passo in avanti verso l'uguaglianza di genere. Nei dibattiti precedenti l'elaborazione della Costituzione, le correnti più tradizionaliste avevano fatto leva sulle teorie classiche sul califfato del diritto musulmano; si era ampiamente dibattuto sul principio elaborato nell'opera *al-aḥkām al-sulṭāniyya* del celebre autore al-Māwardī (m. 450/1058) nella quale si riservavano le cariche di califfo e di primo ministro soltanto agli uomini. Molti avevano invocato una sorta di generale consenso (*iḡmā' al-'āmm*) in favore di una simile posizione restrittiva. Ciò, si sosteneva, sarebbe stato in linea con la tradizione giuridica afgana: si rammenti che la Costituzione del 1964, proprio nella parte relativa alla monarchia esclusa espressamente come riferimento dagli accordi di Bonn, legittimava al trono soltanto i discendenti maschi (art. 18).

5. Diritto internazionale e diritto islamico nell'Afghanistan contemporaneo

La disciplina in materia di diritto di famiglia contenuta nel Codice Civile del 1977 è, come detto, fortemente radicata nel diritto musulmano di scuola hanafita⁶⁰.

Molte delle disposizioni in esso contenute (con riferimento alla stipulazione del matrimonio, ai modi di scioglimento dello stesso, alla filiazione, ai rapporti tra genitori e figli, alle regole successorie) si pongono in palese contrasto con quelle condizioni di uguaglianza di genere sancite nella Carta Costituzionale del 2004. La riforma del diritto di famiglia rappresenta una delle priorità improrogabili previste nell'agenda dei documenti strategici elaborati dal Governo afgano per il prossimo decennio⁶¹.

L'ineludibilità di una simile riforma è rafforzata anche dalla recente adesione dell'Afghanistan alla Convenzione sull'Eliminazione di Tutte le Forme di Discriminazione Contro le Donne (CEDAW)⁶² e a tutta una serie di Convenzioni internazionali⁶³. Si tratterà, evidentemente, di conciliare gli standard internazionali con la concezione giuridica afgana, una sorta di operazione equiparabile alla quadratura del cerchio. Il richiamo effettuato nel Preambolo della Carta Costituzionale alla Dichiarazione Universale Diritti dell'Uomo elaborata dall'ONU si inserisce nella consueta prospettiva dialettica che accompagna l'esperienza giuridica di molti altri paesi islamici e rappresenta un'ulteriore estrinsecazione del pluralismo giuridico afgano.

E', però, quantomeno sorprendente constatare che l'Afghanistan, fortemente radicato nei valori della tradizione giuridica dell'islam, sulla strada della modernizzazione forzata sotto la spinta della cooperazione internazionale, abbia

⁶⁰ Si veda *supra*.

⁶¹ Si veda "Afghanistan National Development Strategy", *summary report. An Interim Strategy For Security, Governance, Economic Growth and Poverty Reduction*, Kabul 2006.

⁶² La Convenzione è stata siglata il 5 Marzo del 2003 senza apposizione di riserve ed è entrata in vigore il 4 aprile dello stesso anno.

⁶³ L'Afghanistan ha inoltre aderito e ratificato le seguenti Convenzioni: il Protocollo Addizionale della Convenzione sui Diritti del Fanciullo, sul Traffico dei Minori, Prostituzione minorile e Pedopornografia, ratificata il 19 Ottobre 2002; Convenzione sui Diritti del Fanciullo, ratificata il 27 Aprile 1994; la Convenzione contro la Tortura ed altri Trattamenti e Pene Crudeli, Inumane e Degradanti, ratificata il 26 giugno 1987 (con riserve sugli articoli 20 e 30); la Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di Tutte le Forme di Discriminazione Razziale, ratificata il 5 Agosto del 1983 (riserve rispetto al riconoscimento della Corte Internazionale di Giustizia, agli articoli 17, 18 e 22); il Patto Internazionale sui Diritti Economici Sociali e Culturali, ratificato il 24 Aprile 1983 e il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, ratificato il 24 Aprile 1983 (riserve con riferimento alle disposizioni dell'art. 48, 1 e 3).

aderito alla Convenzione in parola e l'abbia ratificata senza apporvi riserva alcuna⁶⁴.

Certamente, le auspiccate riforme del diritto di famiglia in senso modernista, progettate nel Documento del Governo presentato come "Compact" alla Conferenza di Londra del febbraio 2006, rischiano di naufragare ogni volta che si tenti di dare attuazione agli obblighi internazionalmente assunti, in considerazione dell'espresso dettato del richiamato art. 3 della Costituzione, ogni qualvolta si profili un contrasto con le norme e i principi dell'islam.

Ciò non tanto per quel che riguarda le disposizioni che hanno già costituito l'oggetto di specifiche riforme legislative nella storia giuridica dell'Afghanistan, come quelle in materia di età minima matrimoniale e la trascrizione nei registri ufficiali dello stato civile⁶⁵, quanto soprattutto per tutte quelle regole di origine sciaraitica che attribuiscono ai coniugi diritti equivalenti ma non uguali, che impongono al marito il versamento del donativo nuziale (*mahr*) e il mantenimento, limitato nel tempo, della moglie dopo lo scioglimento del matrimonio; lo stesso dicasi per tutte quelle regole del diritto islamico che sanciscono nettamente la supremazia maschile in materia di scioglimento del matrimonio, riconoscendo soltanto limitati diritti alla donna di richiedere il divorzio e attribuendo al marito il potere unilaterale di porre fine al matrimonio attraverso il ripudio.

In sede giurisprudenziale, inoltre, le corti sono chiamate a rispettare i principi dell'islam e ad applicare, in via sussidiaria le regole della *šarī'a*⁶⁶.

In considerazione di quanto sin qui affermato, si può concludere che in Afghanistan il processo di codificazione dei diritti fondamentali, la trasfusione dai

⁶⁴ Il contenuto delle riserve testimonia dell'esistenza di un fondamentale contrasto tra le norme sciaraitiche e le materie disciplinate in ambito internazionale. Sotto questo profilo, l'art. 2 richiede agli stati parti della Convenzione l'adozione di tutta una serie di misure "comprese le disposizioni di legge, per modificare o abrogare ogni legge, disposizione, regolamento, consuetudine o pratica che costituisca discriminazione nei confronti della donna". Il contenuto delle riserve poste da numerosi stati islamici al momento della ratifica della Convenzione, è particolarmente significativo. Tali riserve hanno avuto ad oggetto innanzitutto l'art. 16 che impone agli stati parti l'obbligo di adottare misure appropriate al fine di eliminare le discriminazioni esistenti ai danni delle donne, sia nell'ambito dei rapporti familiari, sia nell'ambito del matrimonio.

⁶⁵ L'art. 2 della Convenzione in parola dispone che "i matrimoni tra fanciulli non avranno effetto giuridico e tutte le misure necessarie, comprese le disposizioni legislative, saranno adottate al fine di fissare un'età minima per il matrimonio, rendendo obbligatoria la trascrizione del matrimonio in registri ufficiali".

⁶⁶ Si vedano gli artt. 130 della Costituzione; l'art. 24, l'art. 26, e l'art. 32 della Legge sull'Organizzazione delle Corti del 2005.

principi internazionali nelle norme di diritto interno nonché la concreta applicazione appaiono operazioni fortemente condizionate in radice dalla continua interazione fra le diverse fonti del diritto e, dal richiamo effettuato a più riprese alla tradizione giuridica dell'islam. L'ambiguità di fondo è sintomatica del fenomeno fortemente dialettico tra rinnovamento e tradizione che è all'origine di molte delle tensioni e delle pulsioni alla base della riedificazione dell'ordinamento giuridico nell'epoca contemporanea.

La perpetuazione di alcuni principi giuridici e culturali, unitamente alla convinzione, espressa o meno nei testi di diritto positivo, che la *šarī'a* continui a rappresentare tutt'oggi un fondamentale *corpus* di norme dotato di un'indiscutibile validità, rendono di fatto problematica la disapplicazione delle norme e dei principi che lo compongono. Si continua ad assistere, in concreto, a quella reale dicotomia che ha caratterizzato la storia moderna e recente dell'Afghanistan. Da un lato, gli sforzi della modernizzazione, sulle ali della cooperazione internazionale e degli aiuti economici, spingono verso l'adozione di modelli e canoni internazionali; dall'altro, questi medesimi modelli vengono percepiti da una larga parte della società afgana come inappropriati, alieni alla propria tradizione se non addirittura riprovevoli dal punto di vista islamico (*makrūh*). La difesa dei valori dell'islam, si affrettano a spiegare dottrina e giurisprudenza⁶⁷, costituisce l'asse portante del patrimonio giuridico e culturale dell'Afghanistan e rappresenta motivo di ordine pubblico fondamentale.

In particolare il diritto di famiglia afgano continua ad essere governato dai principi sciaraitici, soltanto parzialmente modernizzati nel corso dei decenni⁶⁸. Tale circostanza continua a rappresentare un limite assai consistente nei confronti di qualsiasi tentativo (imposto, indotto o favorito anche da pressioni esterne, o da sinceri aneliti di modernizzazione) di armonizzazione con i principi affermati a livello internazionale. Non è dunque un caso che gli sforzi delle donne afgane, impegnate sul fronte politico, vengano profusi nel tentativo di arginare il

⁶⁷ Chi scrive ha avuto modo di avere più colloqui con i vertici del potere giudiziario, l'ex Presidente della Corte Suprema, M. H. Shinwari, nonché il *Saranwal* (General Attorney) M. Daqiq, i Presidi e i Professori delle varie Facoltà giuridiche afgane i quali hanno tutti, in vario modo, confermato tale assiomatica impostazione. Certo, le gradazioni riscontrate sono state diverse. Mentre un atteggiamento più intransigente è stato più volte enunciato e messo in atto dagli organi giudiziari e supportato dalle speculazioni dei docenti della Facoltà di *šarī'a*, una maggiore flessibilità sull'argomento hanno manifestato i professori delle Facoltà di Diritto e Scienze Politiche, anche perché in possesso di strumenti e categorie giuridiche più idonei a comprendere il lessico giuridico internazionale.

⁶⁸ Per più ampi ragguagli sotto il profilo dell'evoluzione storica delle riforme e della modernizzazione del diritto di famiglia nel paese, mi permetto di rinviare al mio volume, *Afghanistan*, cit., in particolare cap. II, III e IV.

più possibile le discriminazioni di genere ed avviare processi di riforma del diritto di famiglia⁶⁹.

D'altro canto, le spinte verso una radicalizzazione e un'applicazione anacronistica delle norme sciaraitiche, rappresentate dai partiti che in vario modo si richiamano all'islam ma anche dai rappresentanti delle varie istituzioni giuridiche, dei meccanismi di controllo e di vaglio costituzionale, rischiano di costituire un insormontabile sbarramento contro qualsiasi tentativo volto ad armonizzare le esigenze del rinnovamento con quelle della tradizione⁷⁰.

Tutto ciò risulta tanto più evidente ogni qualvolta il richiamo alla tradizione islamica diviene strumentale ossia viene invocato per giustificare e legittimare da parte di organismi statali, *in primis* la Corte Suprema, il diniego dei diritti fondamentali che si aggiunge alla ben radicata sopravvivenza di consuetudini restrittive che ostacolano il processo di emancipazione e di conquista dei diritti della donna. La vera e totale negazione avviene allorché le restrizioni poste dal diritto - sia di matrice sciaraitica, sia codificata nel diritto positivo - si innestano sulle consuetudini. Si corre allora il rischio di fare del richiamo e del rispetto della propria tradizione giuridica un mero alibi.

Le limitazioni alla piena espressione dei diritti della donna in quanto persona vengono ad assumere una duplice veste poiché, come si è detto, la matrice islamica si innesta su quella consuetudinaria: il penoso risultato cui si assiste è quello della creazione di un sistema nel quale la sperequazione di genere diventa un fenomeno polimorfo, radicato nelle pieghe del pluralismo giuridico ed altamente invalidante per la donna afgana⁷¹.

⁶⁹ La RAWA ha prodotto un progetto di riforma del diritto di famiglia che, però, circola soltanto in ambienti ristretti. Si pensi anche all'attività propositiva di riforma del diritto di famiglia e di monitoraggio svolta dalla Commissione Afgana Indipendente per i Diritti Umani (AIHRC), presieduta da Sima Samar, una delle maggiori attiviste, definita dalle correnti più tradizionaliste e da esponenti dei vertici dell'ordinamento giudiziario "la Salman Rushdie afgana". L'allusione allo scrittore indiano, autore del romanzo "I versetti satanici" ritenuto blasfemo, lascia intendere che la condotta e le idee di riforma proposte vengono percepite come nient'affatto conformi all'ortoprassi sociale e religiosa afgana. Tale diatriba è emblematica del profondo dualismo che pervade le istituzioni giuridiche afgane.

⁷⁰ Si considerino, ad esempio, i recenti e ben noti casi di apostasia (*irtidād*). L'apostasia, com'è noto, costituisce una delle forme più gravi di reato previste dalla tradizione islamica. Sebbene non prevista come fattispecie dal Codice penale in vigore, alcuni convertiti al Cristianesimo sono stati ritenuti colpevoli di apostasia, in virtù dell'invocazione dei principi fondamentali dello stato.

⁷¹ Moltissimi, sotto questo profilo, sono i casi denunciati dalle varie organizzazioni internazionali e dalle organizzazioni non governative le quali riportano di ogni forma di abuso e di lesione commesse ai danni di migliaia di donne in nome di una presunta applicazione di

6. Le prospettive del diritto islamico in Afghanistan

I postulati contenuti nella Costituzione implicano la determinazione della gerarchia delle fonti e inducono a chiedersi se i valori etici dell'islam governeranno l'interpretazione delle leggi o, al contrario, la Costituzione e il diritto positivo stabiliranno il quadro entro il quale il diritto islamico potrà operare. Le risposte a tali domande non sono né facili, né scontate.

Nonostante l'ambiguità e il richiamo ai precetti dell'islam operato nell'articolo 3 della Costituzione, non pare si possa intravedere in un prossimo futuro un visibile impatto di islamizzazione sulla situazione giuridica del paese, almeno a livello legislativo, in considerazione del fatto che il Governo è impegnato in più urgenti e pressanti questioni.

Certo, si pone subito la questione fino a che punto il riconoscimento costituzionale dell'islam e dei suoi principi abbia significato pratico e non rappresenti soltanto un vuoto dogma programmatico. Pur sempre l'ancoraggio alla dogmatica islamica in una costituzione significa quantomeno un preciso obbligo del potere politico a non mettersi contro, in modo eclatante, ai principi dell'islam. Sulla base della cosiddetta reislamizzazione, in atto altrove nel mondo musulmano, i principi costituzionali acquistano una nuova dimensione, in quanto all'islam spetta un peso maggiore in tutti gli ambiti della vita.

In breve, anche in Afghanistan, la reislamizzazione potrebbe manifestarsi in due forme principali: nell'interpretazione giurisprudenziale del diritto positivo (attraverso il filtro dell'ordine pubblico ad opera della Suprema Corte si assiste ad una riespansione del diritto islamico) e nella reintroduzione di istituzioni specificamente islamiche.

Strettamente connesso con tali questioni è il problema dell'organo di controllo costituzionale. Certamente, molti modelli avrebbero potuto essere tenuti in considerazione fra i paesi islamici⁷².

aberranti prassi giuridiche e sociali identificate, spesso a torto, con le regole della tradizione Islamica. Fra questi casi, particolare indignazione ha suscitato l'omicidio ad opera del marito di una giovane donna ad Herat nel novembre 2005, Nadia Anjuman, la quale era stata ritenuta colpevole di aver leso l'onore della famiglia e, al contempo, i principi della sacra religione dell'islam. Si trattava, nel caso di specie, di una poetessa fra le più affermate in Afghanistan, di soli 25 anni, autrice di una raccolta di poesie in lingua dari "*gul-i dādī*" ("fiore evanescente") la quale aveva avuto l'ardire di recitare in pubblico alcuni dei suoi versi.

⁷² Nei lavori e nei dibattiti della Commissione per la redazione della Costituzione, vennero esaminati il modello egiziano di Corte Suprema e la *shūrā-yi nagahbān* dell'Iran contemporaneo. Su quest'ultima si veda M. RASEKH, *Are Islamism and Republicanism Compatible? A Theory of*

L'Afghanistan ha optato per un sistema giudiziario che vede al proprio vertice una Corte Suprema, (*stera mahkama*) composta da nove giudici di formazione tradizionale islamica. I requisiti richiesti dalla recente Legge sull'organizzazione giudiziaria del 2005 consentono anche ad un *mullā*, che non abbia compiuto studi di livello universitario presso una delle *madrassa* del paese, di ricoprire il ruolo di Giudice supremo. Il bagaglio culturale cui fare riferimento è, inevitabilmente, quello del repertorio del diritto islamico appreso secondo i sistemi tradizionali o nel migliore dei casi, presso l'arcaicizzante Facoltà di *šarī'a* di Kabul. Le categorie concettuali ed il lessico giuridico dei giudici della Suprema Corte finiscono con il ridursi al ricorso pedissequo ai manuali e all'apparato di soluzioni casistiche prospettate dagli autori hanafiti, senza che di questi ultimi, tuttavia, si abbia la padronanza delle tecniche ermeneutiche e la possibilità di adattamento alle mutate esigenze. Tutto ciò a voler tacere della scarsa padronanza della lingua araba da parte dei giudici e della conseguente impossibilità di avere accesso a molte fonti del diritto islamico hanafita. Tutti questi fattori finiscono con il condizionare notevolmente l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.

La situazione nelle corti inferiori è, addirittura, peggiore. La prevista istituzione delle corti specializzate di statuto personale (*aḥwāl-shakhsiyya*) non è ancora avviata nelle varie aree del paese e i giudici, nominati spesso dai comandanti locali, hanno uno scarso grado di conoscenza sia del diritto statale, sia dello stesso diritto islamico.

Da quanto sin qui affermato, emerge come una lettura sclerotizzata delle norme della tradizione sciaraitica, supportata da un sistema universitario antiquato e arcaicizzante, che ripropone modelli ancorati a strutture giuridiche e sociali in via di riedificazione, le quali stentano a recepire istanze di modernizzazione e la cui evoluzione si muove attraverso molteplici difficoltà e contraddizioni⁷³.

In tale quadro, si snodano i primi tentativi di riforma del diritto di famiglia, vero snodo cruciale dell'edificazione di una società democratica e dello stato di diritto, promossa dalle varie istituzioni locali ed internazionali.

Certamente, la diffusa condizione di dipendenza economica, il basso tasso di scolarizzazione e di istruzione⁷⁴, la scarsa consapevolezza dei propri diritti, impediscono alle donne afgane di trovare un uniforme impulso verso

Unchangeable Principles of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, in N. Yassari (a cura di), *op. cit.*, p. 113-122.

⁷³ Per maggiori dettagli si rinvia al recente volume edito da UNDP-Afghanistan National Human Development Report 2005 e a F. ZUCCARELLI, *The rule of Law and Justice in Afghanistan*, in "Legalità e Giustizia", 2004, 2-3, pp. 18-34.

⁷⁴ Si rinvia al recente UNDP-Afghanistan National Human Development Report, *cit.*, pp. 276-278.

l'emancipazione e rendono l'impatto con la modernizzazione problematico se non traumatizzante.

Resta da esplorare un'altra strada: un processo di modernizzazione interno alla tradizione dei paesi dell'area islamica, avendo cura di prestare una particolare attenzione comparatistica all'esperienza dei paesi islamici più avanzati⁷⁵. Di qui la necessità di operare un opportuno distinguo. La modernizzazione e le riforme del diritto di famiglia possono essere perseguite attraverso varie strade. Qualunque sia la strada prescelta, la modernizzazione travolge necessariamente la *šarī'a* e non risparmia la consuetudine.

La necessità di modificare le regole sciaraitiche cristallizzate nel Codice Civile (e nelle altre leggi ancora in vigore) nasce dalla consapevolezza che esse non sono più in grado di regolare i rapporti familiari così come richiederebbe l'evoluzione della società afgana e non si presentano come adeguate ad affrontare la costruzione di una società moderna in linea con gli invocati standard internazionali e i principi di uguaglianza fissati nella Costituzione⁷⁶.

Ragioni analoghe condannano le consuetudini che, come si è accennato, sono assai più illiberali e ancora più distanti da ogni soluzione egualitaria di quanto non siano le norme sciaraitiche. Le forze che tendono a mettere in discussione la *šarī'a* dovrebbero erodere anche le consuetudini. Rimane da vedere se, per cancellare la norma ancestrale, non si possa fare ricorso alla *šarī'a*, debitamente riformata. E, allora, facendo tesoro dell'esperienza storica e giuridica afgana, occorre procedere per gradi e in maniera mirata.

Le procedure per giungere ad una modernizzazione della società potranno essere di diversa natura secondo il rapporto della consuetudine con la *šarī'a*. Se essa si è incrostata nella versione locale dell'islam, sarà opportuno intervenire con idonei programmi di sensibilizzazione e di formazione degli operatori giuridici per ripristinare un'interpretazione più fedele della *šarī'a*: ci si muoverebbe così all'interno di un'ottica "classica" della storia delle riforme del diritto islamico.

Se, invece, la consuetudine è rimasta estranea alla *šarī'a*, si dovrà spingere per dare applicazione alla versione debitamente riformata e modernizzata di quest'ultima, rafforzandone l'applicazione generale ed elevandola a regola cogente. Qui la casistica è numerosa. Si pensi alla stragrande maggioranza degli istituti del diritto di famiglia cui si è accennato: dalla stipula delle varie forme di

⁷⁵ Si intende fare riferimento alla recente riforma marocchina del 2004 della *mudawana al-ahwāl al-shakhsiyya* ma anche alle recenti riforme egiziane del 2000 e del 2005.

⁷⁶ Si leggano in proposito i Reports delle Agenzie specializzate UN, ad esempio UNIFEM, *Women and Law in Afghanistan*, Kabul 2004.

matrimonio consuetudinario, ai vari modi di scioglimento, fino ad arrivare al discriminante regime successorio⁷⁷.

Il fenomeno è ancora poco considerato sia dai giuristi locali, sia dagli esperti internazionali che attualmente collaborano alla riedificazione dell'ordinamento giuridico afgano⁷⁸.

Il legislatore, in altri termini, in ossequio ai dettami della carta costituzionale, potrebbe decidere di riformare radicalmente la *šarī'a* rivalutando opportunamente il diritto islamico come strumento efficace ed incisivo di riforma delle consuetudini. Oltretutto, l'abolizione del privilegio del *fiqh* hanafita consentirebbe di poter attingere ecletticamente alle soluzioni offerte delle varie scuole giuridiche. Potrebbe verificarsi anche in Afghanistan, come avvenuto altrove, il fenomeno contestuale della riforma della *šarī'a* attraverso la *šarī'a*⁷⁹.

Ma ciò richiede, innanzitutto, un grado di consapevolezza dell'arretratezza delle soluzioni attualmente adottate nella legislazione e il supporto di giuristi illuminati ad ogni livello dell'ordinamento, nonché il coinvolgimento di tutti gli attori implicati nell'amministrazione della giustizia e delle organizzazioni internazionali impegnate sul campo.

Così ad esempio, a voler imparare dalla storia giuridica afgana, occorre considerare che le sole misure legislative, adottate nel corso dell'ultimo secolo per scoraggiare il versamento del *walwār*, non hanno, infatti, condotto ad alcuna eliminazione della pratica e si sono dimostrate sostanzialmente inefficaci. Ciò non soltanto in considerazione del fatto che esse non abbiano mai previsto sanzioni efficaci in caso di violazione, ma perché è sempre mancata una diffusa condanna di tali pratiche ad opera dei vari attori⁸⁰.

In definitiva, gli ambiziosi proclami di allineamento agli standard internazionali e le solenni declamazioni contenute negli articoli della nuova Carta costituzionale del 2004 rischiano di naufragare proprio con riferimento alle tematiche del diritto di famiglia, dello stato e della capacità delle persone, delle

⁷⁷ Interessanti e preziose sono le osservazioni rinvenibili in R. SACCO, *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Milano 1985. Sia pure riferito ad altro contesto, l'Autore fa notare come regole ancestrali siano state applicate in Somalia fino al 1969, sia come incrostazioni del diritto musulmano, sia come regole contrapposte alla *šarī'a*. E osserva come dapprima il diritto musulmano si sia liberato delle varie aggiunte abusive per essere poi, a sua volta, travolto dalle riforme audaci di impronta laica del legislatore rivoluzionario.

⁷⁸ Si veda M. LAU, *Afghanistan's Legal System and its Compatibility with International Human Rights Standards*, Report of the International Commission of Jurists, 2003.

⁷⁹ Per un quadro ampio e dettagliato dei meccanismi di riforma attraverso la *šarī'a* si rinvia alle acute osservazioni, ancora valide benché datate, di R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano 1990, p. 71 ss.

⁸⁰ Mi permetto di rinviare il lettore a M. PAPA, *Afghanistan*, cit., p. 54 ss.

successioni e del diritto penale, a causa non soltanto di una visione arcaica del diritto islamico, ma soprattutto per la forte radicalizzazione del diritto tradizionale ancestrale. La capacità di modernizzare il diritto “vivente” attraverso la *šarī'a* incontra un limite intrinseco nel rapporto assai complesso tra il diritto consuetudinario e il diritto islamico. Nella mentalità e nella percezione dei *Pashtūn*, il *pashtūnwālī* trova un fondamento religioso nell'islam, per cui, come s'è accennato, non c'è contraddizione fra l'essere *pashtūn* e praticare il *pashtūnwālī* e l'essere musulmano ed aderire ai principi del diritto islamico.

Certo, in Afghanistan ben difficilmente praticabili appaiono le riforme nell'ambito del diritto successorio messe in atto in altri contesti, sulla base di un forte supporto politico⁸¹.

Tuttavia, specifiche campagne di sensibilizzazione si rendono necessarie per creare una “cultura dei diritti umani” nella quale sia possibile praticare un uso moderno del diritto islamico riformato. Occorrerà coinvolgere non soltanto gli operatori di giustizia delle varie sedi giudiziarie ma anche - e forse soprattutto - gli attori della così detta “giustizia informale” (che sarebbe più corretto indicare come “giustizia tradizionale”) nell'attuazione delle regole statali improntate a regole della *šarī'a* debitamente riformata e modernizzata.

La possibilità di applicare il diritto sciita apre, inoltre, più ampie prospettive, sia in termini di compatibilità di alcuni istituti sciiti duodecimani con i principi fissati nella stessa Costituzione, sia in termini di potenziali conflitti nel caso di regole concorrenti. Su simili questioni si è aperto un ampio, ma forse non abbastanza approfondito, dibattito fra la dottrina e le istituzioni che ha già prodotto parziali risultati nell'interpretazione di alcuni articoli della nuova carta costituzionale.

La Costituzione non esplicita, tuttavia, cosa debba intendersi per diritto sciita. E, paradossalmente, mentre per i musulmani sunniti il giudice chiamato ad applicare le regole dello statuto personale dispone di un apparato di norme codificato nel codice civile, per le comunità sciite duodecimane, le corti di *aḥwāl shakhsīyya* (corti sullo statuto personale) previste dalla recente Legge

⁸¹ Si ricordi che neanche l'esperienza socialista era riuscita ad imporre in Afghanistan la parità dei sessi sotto il profilo successorio come era, invece, avvenuto all'indomani di altre rivoluzioni di stampo socialista. Pur rimanendo fedeli all'impostazione del modello sciaraitico di fondo, in alcuni settori del diritto di famiglia ci si potrebbe distaccare in maniera radicale. Così, ad esempio, si potrebbe prevedere la perfetta parità dei diritti degli eredi di pari grado, senza discriminazione di genere. Verrebbe così travolta, contestualmente, sia la norma tradizionale che esclude completamente la donna dalla successione, sia la regola sciaraitica sulla base della quale la donna eredita la metà della quota spettante all'erede maschio di pari grado. Si veda G. VERCELLIN, *Afghanistan 1973-1978: dalla Repubblica Presidenziale alla Repubblica Democratica*, Venezia 1979.

sull'Organizzazione Giudiziaria del 2005, nell'impossibilità di rifarsi a fonti statali, dovranno rivolgersi al diritto di produzione dottrinale, vale a dire alle opere dei giuristi sciiti. Sarà, dunque, assai probabile che, in attesa di una radicale riforma dello statuto personale che disciplini specificamente anche il diritto sciita, i giudici afgani si rivolgano alla legislazione, alla dottrina e alla giurisprudenza del vicino Iran. Si assisterebbe, per questa strada, ad un'ulteriore forma di trapianto giuridico nel nuovo ordinamento afgano: una sorta di circolazione non omologa fra i formanti per dirla con le categorie della dottrina comparatistica italiana⁸².

Il flusso, sia pure limitato al diritto di famiglia, allo stato e alla capacità delle persone, nonché al diritto successorio, avverrebbe in maniera completa interessando in un primo momento, verosimilmente, soltanto la giurisprudenza, ed assumerebbe le caratteristiche di una vera e propria osmosi di tradizioni giuridiche in aree di contiguità culturale e linguistica.

La contestuale presenza ufficiale delle due scuole giuridiche all'interno del medesimo ordinamento, divergenti su alcune aree, potrebbe essere motivo di reciproco arricchimento e di una sorta di osmotica fertilizzazione di idee attraverso un rinnovato *iğtihād*⁸³ a condizione, ovviamente, che anche le comunità sciite siano messe in condizione di sviluppare autonomamente il proprio sistema giuridico, con il supporto di un'autonoma classe di giuristi autoctoni formati presso università locali che non siano preda di letture strumentali delle istituzioni islamiche del diritto sciita⁸⁴.

Il riconoscimento della specificità sciita non deve costituire un alibi per ulteriori forme di discriminazione di genere a carico delle donne sciite, in aggiunta a quelle di origine consuetudinaria, che proprio in nome dell'islam si tenta di combattere.

In nome della specificità confessionale potrebbero essere legittimate pratiche sciite cadute in desuetudine fra le comunità afgane, quali il matrimonio a termine

⁸² Si veda R. SACCO, *Formante*, estratto da *Digesto*, IV ed. vol. 8, civile, p. 6.

⁸³ Sebbene il Codice Civile del 1977 impieghi in alcune aree fonti giuridiche delle altre scuole sunnite, non è abbastanza audace da mettere a frutto tutte le potenzialità delle soluzioni offerte dalla *šarī'a*. Si tratta, dunque, nel lungo termine di un'affascinante sfida intellettuale per i giudici hanafiti dell'Afghanistan vedere i propri colleghi di scuola sciita contribuire negli anni a venire allo sviluppo del diritto musulmano. C'è da attendersi dunque uno stimolo reciproco e un proficuo contributo all'arricchimento della *šarī'a* e della legislazione nel prossimo futuro.

⁸⁴ Per inciso, si tenga presente che nelle aree a forte densità sciita, essenzialmente l'Hazarajat, manca una qualsiasi università. Le sole istituzioni islamiche presenti, essenzialmente *madrase*, non possiedono un livello elevato di cultura islamica.

(*nikāh-i mut'a*) reintrodotta in Iran all'indomani della Rivoluzione islamica⁸⁵, o anche il matrimonio fra impuberi espressamente ammesso in Iran.

L'ordinamento afgano, sia a livello di norme costituzionali sia di legge ordinaria, non circoscrive in alcun modo la possibilità di interpretazione e di applicazione del diritto sciita imamita⁸⁶. Un'eventuale recezione del modello iraniano, essenzialmente attraverso l'attività dei giudici, rischia di provocare un'ulteriore frammentazione del sistema. Ciò che maggiormente mette conto di sottolineare è che l'istituto matrimoniale a termine, estrapolato dall'ambiente giuridico iraniano, dove dottrina e giurisprudenza sono addestrate ad un'interpretazione prudentiale, potrebbe prestarsi a facili mistificazioni a detrimento, ancora una volta, della condizione giuridica della donna. In Afghanistan, infatti, lo sviluppo di una dottrina e di una giurisprudenza improntata al diritto sciita non ha mai superato, per le ragioni storiche cui si accennava, lo stadio dell'occasionalità. Tale assenza di un *corpus* di dottrina e giurisprudenza rischia di compromettere, infine, la corretta applicazione delle regole in materia di diritto ereditario secondo i principi del *fiqh* sciita ḡa'farita⁸⁷.

Da quanto sin qui detto, è evidente come un aspetto di fondamentale importanza per un uso moderno del diritto islamico sia rappresentato dalla formazione del giurista, tema al quale si accennava in apertura di questo lavoro. La riforma del sistema universitario rappresenta un nodo cruciale

⁸⁵ Per un quadro complessivo sul diritto di famiglia nell'Iran post-rivoluzionario e sul ruolo del *nikāh-i mut'a*, si rinvia da ultimo a S. N. EBRAHIMI, *Marriage Law of Iran Under Islamic Perspective*, in *The International Survey of Family Law*, 2005, pp. 315- 354. Si rammenti soltanto che, diversamente che dal matrimonio ordinario, non è richiesta la presenza del tutore matrimoniale, mentre il *mahr* deve essere versato per intero al momento della conclusione. Se manca la determinazione del *mahr*, il contratto viene considerato nullo ed inefficace. Se, nel periodo previsto, i coniugi non hanno rapporti sessuali, ossia viene meno la causa del contratto, la donna mantiene integro il suo diritto a reclamare il donativo pattuito. Lo stesso, *a fortiori*, nel caso in cui il marito muoia prima della consumazione del matrimonio. La regola accettata incondizionatamente dalle scuole sunnite, vorrebbe, com'è noto, che in simili casi alla donna spetti soltanto la metà del *mahr* pattuito. Tale evenienza si verifica, invece, nel caso in cui sia il marito attraverso l'esercizio del potere di sciogliere il matrimonio prima del termine pattuito attraverso "la rinuncia al tempo" che ha ancora disposizione, sempre che non vi sia stata consumazione. Solitamente, in tale tipo di matrimonio, la moglie non è legittimata al mantenimento, a meno che tale diritto non sia specificamente concordato tra le parti nel contratto di matrimonio.

⁸⁶ Si vedano gli articoli 131 Costituzione 2004, articoli 32, 40 della Legge sull'Organizzazione delle Corti del 2005.

⁸⁷ Sulla ricchissima e complicata casistica configurabile a partire dalle regole della scuola sciita ḡa'farita, si veda A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche ismailita e imamita. Casistica*, cit.

nell'edificazione dello stato di diritto e della giustizia in Afghanistan. E' questa, in effetti, la vera sfida che attende l'Afghanistan e l'uso moderno del diritto islamico. Si tratta di un settore vitale per l'ordinamento, nel quale si incontrano le varie anime del sistema e della cultura giuridica afgana. I valori dello stato di diritto, declamati solennemente nella Costituzione possono essere veicolati, infatti, in molti modi e rischiano di infrangersi nelle regole operative.

In un paese come l'Afghanistan, dove la tradizione giuridica risente fortemente della complessa articolazione delle varie componenti di cui si è cercato di rendere conto nel corso del presente lavoro, tale obiettivo è più facilmente raggiungibile e destinato a radicarsi più saldamente nella società, attraverso un ampio processo di riforma del sistema di formazione del giurista più che con qualsiasi altro processo di riforma del sistema giuridico.

Ci si passi la metafora: l'albero del diritto, trapiantato o spontaneo, ha bisogno di solide radici per svilupparsi nell'*humus* culturale dove cresce. Ma la linfa vitale è rappresentata dall'apporto del giurista.

In Afghanistan, il sistema universitario parallelo delle Facoltà giuridiche di *šarī'a* (*Faculté-yi šarī'a*) e di Diritto e Scienze Politiche (*Faculté Huqūq wa 'ulūm siyāsiyya*) rappresenta il banco di prova nel quale confluiscono le varie tradizioni giuridiche: la prima rigidamente islamica, rimasta ferma ai vecchi programmi di studio degli anni '50 sul modello delle Facoltà egiziane più prestigiose, ma con commistioni di materie curriculari improntate, almeno nella denominazione ufficiale, ad esigenze di modernizzazione; la seconda, solitamente indicata semplicisticamente e frettolosamente nei documenti internazionali, come "laica" o "secolare", di modello francese, ove esiste una forte commistione fra le discipline giuridiche e quelle politologiche, ma con una forte tendenza a conservare, ai fini di una "legittimazione" interna ed internazionale nel mondo musulmano, il nucleo delle materie legate alla tradizione islamica. Vengono, infatti, impartiti gli insegnamenti di discipline connesse con lo statuto personale (*aḥwāl shakhsiyya*) e il diritto penale islamico che rientrano nel diritto positivo dello stato, materie di supporto ritenute essenziali nella formazione del giurista, quali "*uṣūl al-fiqh*", "cultura islamica" (*thaqāfa islāmiyya*) e "storia dell'Islam" (*Tārīkh-i-Islām*) per i primi due anni di corso.

Tale sistema parallelo, rappresenta emblematicamente quella dicotomia, non priva di originali forme di osmosi, che caratterizza l'intero sistema giuridico afgano: la coesistenza tra la tradizione islamica e l'anima più modernizzatrice, disposta ad accogliere nuove prospettive giuridiche⁸⁸.

⁸⁸ Sarebbe auspicabile, *de jure condendo*, una politica governativa che tendesse all'integrazione tra le due Facoltà: si potrebbe immaginare un'unica Facoltà di Diritto e *šarī'a* sul modello di quelle esistenti negli stati islamici più avanzati, senza per ciò dover rinunciare alla

La storia delle riforme nel mondo musulmano è anche la storia della dialettica dei diversi modi di veicolare la cultura giuridica fra lo stato con la sua *siyāsa* e la *šarī'a*: la codificazione comportò, si è detto, non soltanto una sfida alla posizione del diritto islamico nelle società e nel sistema giudiziario, ma anche al modo tradizionale di interpretare, insegnare ed applicare lo stesso diritto islamico⁸⁹.

Il ricorso all'*ig̃tihād* inteso come principio guida e come mezzo di cambiamento giuridico, privilegiato dalla scuola hanafita prevalente nel paese, ma che è insito ancor di più nella scuola sciita *g̃a'farita*, può avere molti aspetti e può essere utilizzato per scopi differenti⁹⁰. Può costituire senz'altro un efficace strumento di

propria tradizione giuridica di matrice islamica. La Facoltà di *šarī'a*, convenientemente trasformata in una Facoltà di Scienze dell'islam (*'ulūm al-islāmiyya*), potrebbe essere la preziosa fucina dalla quale potrebbero fuoriuscire una serie di figure professionali che rivestono – *de facto* – un'importanza nient'affatto marginale nel sistema giudiziario afgano. Si intende fare qui riferimento alle varie figure di *mullā*, di *'ulamā'*, di *muftī*, che continuano a svolgere una funzione giurisdizionale, secondo diverse modalità, in molte aree dell'Afghanistan. Anche in questo caso, può venire in soccorso l'esperienza comparatistica. Per ampi ragguagli sulla trasformazione del ruolo degli *'ulamā'* nelle società contemporanee, si rinvia a F. OPWIS, *Changes in Modern Islamic Legal Theory: Reform or Reformation?* in *An Islamic Reformation*, a cura di M. Browsers e C. Kurzman, Lanham 2004 pp. 28-53.

⁸⁹ Com'è noto, alla fine del XIX secolo, alcuni giuristi del mondo musulmano esprimevano le proprie preoccupazioni circa l'inadeguatezza dell'interpretazione e dell'applicazione della *šarī'a* nelle società islamiche dell'epoca. Nell'Impero ottomano e negli altri paesi islamici, molte iniziative di riforma provocarono fondamentali cambiamenti nella sfera giuridica e, parallelamente, nel sistema della formazione scolastica ed universitaria. Sebbene i programmi di riforma promossi dagli stati differissero nei vari paesi, nel tempo, nei modi di attuazione e nei risultati, essi condividevano alcuni punti essenziali. In generale, l'emergere di un sistema dualistico di educazione fu accompagnato da una progressiva emarginazione degli *'ulamā'* nella sfera giuridica. Il fenomeno, efficacemente definito come *dépossession du faqīh*, si riferiva agli sforzi compiuti dal legislatore di incorporare molte delle funzioni giudiziarie attribuite agli *'ulamā'* nelle nascenti istituzioni statali. Si vedano, fra gli altri, A. C. ECCEL, *Egypt, Islam and Social Change: Al-Azhar in Conflict and Accommodation*, Berlin 1984; E. BURKE, *The Moroccan Ulama, 1860-1912: An Introduction*, in *Scholars, Saints, and Sufis: Muslim Religious Institutions in the Middle East Since 1500*, Berkley 1972, pp. 95-123. nello stesso testo si veda anche il saggio di R. L. CHAMBERS, *The Ottoman Ulema and the Tanzimat*, pp. 35 ss.; D. D. COMMINS, *Islamic Reform: Politics and Social Change in Late Ottoman Syria*, New York 1990. Interessante è anche il saggio di N. BROWN su *Shari'a and the State in the Modern Muslim Middle East*, in "International Journal of Middle East Studies", 29, 1997, pp. 359-376, nel quale l'A. dimostra come le politiche di riforma del governo per quel che concerne la formazione giuridica e l'apparato giudiziario, non intaccarono la formazione degli *'ulamā'* e le giurisdizioni sciaraitiche in quanto tali, ma finirono con il ridurre la loro influenza nello stato.

⁹⁰ Ma, potenzialmente, assai maggiore potrebbe essere l'apporto dei giuristi sciiti alla possibilità di adattamento del diritto islamico. "For the *usulis*, *ijtihād* is necessar, and the

espansione e di adattamento della *šarī'a*. Per apprezzarne e valorizzarne tutte le potenzialità, è necessario che la dottrina islamica afgana sappia integrare ed utilizzare tale principio all'interno dell'intero sistema giuridico.

Ma ciò non avviene casualmente: piuttosto tale attività di interpretazione è il risultato della propria cultura e della propria formazione giuridica, oltre che del proprio convincimento personale e dell'ambiente storico nel quale vive.

In altri termini, la riforma del sistema universitario richiede, contestualmente, sia la piena consapevolezza e l'accettazione da parte afgana di un'opera di modernizzazione che valorizzi le potenzialità del diritto islamico, sia la predisposizione non pregiudiziale della comunità internazionale nei confronti della tradizione sciaraitica. La *šarī'a* (intesa come *corpus* di norme) non può essere invocata, alternativamente ed in senso opposto, quale alibi per sbarrare la strada ad ogni eventuale modernizzazione giuridica, né per arginare ogni tentativo di emancipazione della tradizione giuridica islamica dell'Afghanistan.

specialist of *ijtihād* becomes ipso facto superior in knowledge and the status to the non specialist, who is relegated to the second rank of imitator. Society is therefore divided between *muqallids* and *mujtahids*, and the *muqallids* must follow the *mujtahids* in the same way they follow the Imam. Another significant corollary of the supremacy of the *mujtahid* is the duty for the *muqallid* not only to follow a *mujtahid*, but also to follow a living *mujtahid*. [...] For the Usulis, in contrast, the imitation of the dead *mujtahid* is forbidden. The reproduction of *ijtihād* as a creative process is thereby guaranteed", C. MALLAT, *The Renewal*, cit., p. 31.