

DIRITTO MUSULMANO E DIRITTI UMANI; IL CASO DELL'EGITTO

DI LORENZO ASCANIO

DOTTORANDO DI RICERCA IN DIRITTO COMPARATO PRESSO L'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE

1. La recente strategia politica legislativa egiziana si caratterizza per un'intensa ed irreversibile applicazione del principio della *rule of law*, legittimata a livello costituzionale¹ e dall'assimilazione di modelli e standard giuridici stranieri.²

In materia di diritti umani, al contrario, lo stesso detentore del potere normativo (*walī al-amr*) è coinvolto in una costante dialettica tra principi della tradizione connessi con la *šarīʿa* e quelli cari alla *western legal tradition* di laicità, eguaglianza e libertà sussunti a livello sia costituzionale³ sia internazionale.⁴

¹ La Costituzione egiziana, nel suo articolo 64, stabilisce il principio della supremazia della Legge (*siyādat al-qanūn asās-hukm fī'l-dawla*).

² Si pensi all'influenza del diritto uniforme (su tutti il diritto comunitario), del ruolo della *lex mercatoria*, delle leggi modello UNCITRAL, dei principi UNIDROIT e delle norme internazionali convenzionali e/o pattizie. Sul punto, si veda PAPA, *I principi generali del diritto nelle codificazioni civili dei Paesi Arabi Mediterranei*, in Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo, Bologna, 2003, pp. 289-315 e AKADDAL, *Application of the United Nation Convention on Contract for the International Sales of Goods to Arab Countries*, in *Pace International Law Review*, 2001, pp.1-58.

³ Si pensi all'articolo 40 della Costituzione, che sancisce l'eguaglianza dei cittadini innanzi alla Legge, nei diritti e nei doveri pubblici, senza distinzione di sesso, di razza, d'origine, di lingua, di religione o di credenza ed all'articolo 46 relativo alla libertà di credenza e dell'esercizio del culto.

⁴ L'Egitto ha ratificato i maggiori Trattati internazionali in materia di protezione dei diritti umani, tra cui si ricordano *The International Covenant on Economic Social and Cultural Rights* (G.A. res. 2200,XXI, 21 U.N. GAOR Supp. No. 16, U.N. Doc. A/6316, 1966, 993 U.N.T.S. 3), in vigore dal 3 gennaio 1976; *The International Covenant on Civil and Political Rights* (G.A. res. 2200A, XXI, 21 U.N. GAOR Supp. No. 16, 52, U.N. Doc. A/6316, 1966, 999 U.N.T.S. 171), in vigore dal 23 marzo 1976; *Convention on the Discrimination against Women* (G.A. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp., No. 46, 193, U.N. Doc. A/34/46), in vigore dal 3 settembre 1981, con

Come sarà meglio descritto nel prosieguo, l'epicentro di tale dialettica è rappresentato dal pensiero interpretativo della Suprema Corte Costituzionale egiziana (*al-maḥkama al-dustūryya al-ʿulyā*) circa la compatibilità dei principi del diritto musulmano con il sistema giuridico locale, a seguito del noto emendamento del 1980 all'articolo 2 della Costituzione.

La tematica dei diritti umani in Egitto sarà proposta dapprima ripercorrendo brevemente l'indirizzo proposto dalla Suprema Corte, dopodiché saranno analizzati alcuni celebri casi aventi ad oggetto il rapporto tra diritto musulmano e *ḥuqūq al-insān*⁵, su cui la Giustizia costituzionale si è concentrata.

In ultimo, saranno presi in considerazione alcuni altri casi emblematici risolti da Tribunali amministrativi e penali,⁶ al fine di dimostrare che l'estensione del dibattito tra ruolo della *šarīʿa* e *human rights* non si limita solo alle fondamentali pronunce della Corte Costituzionale, ma si protrae anche fino giurisdizioni minori, chiamate a dirimere controversie aventi ad oggetto violazioni di diritti umani (come la tutela dell'integrità fisica e la libertà dell'orientamento sessuale) su cui sono interessati, inevitabilmente, anche principi di

riserva posta dall'Egitto “*without prejudices to the Islamic Sharia's provision*”, consultabile su: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/8.htm>.

⁵ Qui si riporta la traduzione letterale araba dei termini *human rights*. Ciò non deve indurre a ritenere che la concezione di diritti umani così come enucleata dalla *western legal tradition* sia spontaneamente applicabile anche ai contesti giuridici in cui risulta forte il ruolo della tradizione musulmana. Per una disamina delle differenti concezioni di diritti umani tra macro-sistemi giuridici, si veda VILJOEN, *International Human Rights Law in Africa*, Oxford, 2007, pp. 4-17. Per un inquadramento generale sulla concezione di *ḥuqūq al-insān* secondo i principi di diritto musulmano e le principali Convenzioni sui diritti umani elaborate dai Paesi Islamici, si vedano KORAYTEM, *Arab Islamic Developments on Human Rights*, in *Arab Law Quarterly*, 2001, pp. 255-262 e LAGHMANI, *Pensées musulmanes et théorie des droits de l'homme*, in *Ethique islamique et fondements de la démocratie*, Dossier de Prologues, Revue maghrébine du livre, Casablanca, 2000, p. 23 ss.

⁶ La scelta di analizzare alcuni casi è dovuta anche e soprattutto al fatto che numerosissimi sono i casi connessi con la dialettica tra diritto musulmano e diritti umani. Si pensi, ad esempio, alla tematica dell'apostasia, su cui si rimanda alla lettura di BERGER, *Apostasy and Public policy in Contemporary Egypt: an evaluation of recent cases from Egypt's highest Courts*, in *Human rights quarterly*, 2003, p. 720 ss., SEIF AL-ISLAM HAMAD, *Legal plurality and legitimation of human rights abuses. A case study of state council rulings concerning the rights of apostates* in DUPRET, BERGER, AL-ZWAINI, *Legal pluralism in the Arab world*, London, 1999, p. 219 ss. Sulla nozione di apostasia, anche in chiave comparativa con la tradizione ebraica, si rimanda a PAROLIN, *Dimensioni dell'appartenenza e cittadinanza nel mondo arabo*, Napoli, 2007, pp. 93-99.

diritto musulmano e consuetudinari insiti nella società egiziana contemporanea.

2. La storia giuridica egiziana contemporanea insegna che il dibattito tra diritto musulmano e diritti umani passi necessariamente anche dall'attività della Corte Costituzionale egiziana (*al-maḥkama al-dustūryya al-ʿulyā*), chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità di provvedimenti normativi, specie a fronte del noto emendamento posto all'articolo 2 della Costituzione, avvenuto nel 1980. Dalla versione dello stesso articolo, in cui si stabiliva che: "i principi del diritto musulmano sono una fonte principale della Legislazione (*mabadi' al- šariʿa al-islāmiyya maṣḍarun ra'isiun li-al tašriʿ*)", la riforma del 1980 conduce a porre il diritto musulmano come la suprema fonte: "*mabadi' al- šariʿa al-islāmiyya al- maṣḍar al-ra'isiun li-al tašriʿ*".⁷

Solo nel 1985, la Corte Costituzionale proponeva la propria interpretazione sulla supremazia, tra le fonti, della *šariʿa* nell'Ordinamento giuridico nazionale.

In un caso sollevato dal Ministero del *waqf* (*wizārat al-waqf*) e dalla Facoltà di medicina dell'Università di al-Azhar⁸, la stessa Corte tracciava le fonda-

⁷ Sterminata è la dottrina relativa all'applicazione dell'articolo 2 della Costituzione egiziana, in seguito all'emendamento del 1980, da parte della Corte Costituzionale. Si vedano BERNARD-MAUGIRON, *La politique à l'épreuve du judiciaire: la justice constitutionnelle en Egypte*, Paris, 2003, pp. 339-395, LOMBARDI, BROWN, *Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law*, in *American University International Law Review*, 2006, p. 379 s., McMILLAN, *Egypt's Interpretive Incorporation of Human Rights; the Supreme Constitutional Court's Use of International Sources and Prospects for its Article 2 Analysis*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2007, p. 1089 ss., GABR, *The Interpretation of Article Two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court*, in BOYLE and SHERIF, *Human Rights and Democracy. The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, Londra, 1996, p. 217 ss.

⁸ Suprema Corte Costituzionale egiziana, Sentenza del 4 maggio 1985, *Ġarīda al-Rasmiyya*, n. 20 del 19-5-1985. La decisione è ripresa anche da BOYLE-SHERIF, *cit.*, pp. 218-220, LOMBARDI, BROWN, *cit.*, pp. 392-393, ROESL, *Modern Legal Reform in Egypt: Shifting Claims to Legal Authority*, *Cardozo J Int Comp Law*, 2006, pp. 418-420, ARABI, *Beyond Power: Neo-Shāfiʿism or the Islamic Constructive Metaphor in Egypt's High Constitutional Court Policy*, in *Arab Law Quarterly*, 2002, pp. 329-331. Il caso nasce dalla condanna subita Facoltà di Medicina dell'Università di al-Azhar in seguito al mancato pagamento di strumenti medici forniti da tal Atef Fouad Goudah. La condanna, di natura pecuniaria, prevedeva anche l'applicazione degli interessi, nella misura del 4 %, a partire dalla data dell'azione civile volta al recupero del credito, ai sensi

mentali linee guida a cui avrebbe dovuto adeguarsi laddove fosse stata chiamata ad effettuare un controllo di conformità con l'articolo 2 della Costituzione su leggi e di decreti.

Posto che il principale scopo della Corte era (e rimane) quello di salvaguardare il dettato costituzionale e prevenire qualsivoglia violazione dei suoi principi, "dall'ultimo enunciatore dell'articolo 2 della Costituzione così emendato emerge che il Costituente ha introdotto una limitazione all'Autorità legislativa nella sua attività di produzione normativa, dovendo quest'ultima fare ricorso ai principi della *šarīʿa* che estrapolerà dalle regole che governano la comunità musulmana."

La Corte Costituzionale riprendeva i contenuti della relazione predisposta dalla Commissione speciale incaricata dell'emendamento all'articolo 2 della Costituzione (*taʿdīl dustūr ġumhūriyyat Masr al-ʿarabiyya*): "l'articolo 2 obbliga il Legislatore a ricorrere ai principi del diritto musulmano con l'esclusione dell'utilizzo di altri sistemi giuridici, per ivi trovare ciò di cui necessita. Nel caso in cui egli non sia in grado di ricavare dal diritto musulmano regole chiare e necessarie, il legislatore dovrà ricorrere agli strumenti dell'interpretazione (*iğtihād*) che lo possano aiutare a non violare i principi e le regole generali della *šarīʿa* [...]. Il passaggio da un Ordinamento giuridico, quello egiziano, ultra-centenario, al diritto musulmano richiede pazienza e un approccio pratico. Infatti, ciò è dovuto ai mutamenti economici e sociali non conosciuti né familiari prima, al livello dell'innovazione nel nostro mondo contemporaneo, al grado della nostra attuale comunità internazionale ed all'evoluzione delle nostre relazioni e rapporti con le altre Nazioni. Per tutti questi motivi, occorre un forte approccio pratico. Di conseguenza, il mutamento dell'intera legislazione nazionale perché sia resa conforme al diritto musulmano non potrebbe avere luogo se non concedendo a coloro che sono chiamati a legiferare il tempo ragionevole ed utile per raccogliere tutte le leggi ed i decreti esistenti e procedere con un'indagine circa la loro compatibilità con il Corano, la Sunna ed i pareri giuridici dei giuristi e dei sapienti".⁹

dell'articolo 226 del codice civile egiziano. Oggetto del giudizio di costituzionalità intentato dalla facoltà di medicina summenzionata era rappresentato proprio dalla non conformità di tale articolo con la proibizione degli interessi, notorio principio del diritto musulmano riconosciuto unanimemente dalle quattro scuole giuridiche ufficiali sunnite e fondato sul monito coranico "Ma Dio ha permesso la compravendita (*al-bayʿ*) e proibito l'usura (*al-ribā*)" (Cor. II, 275).

⁹ Su tale punto, la Facoltà di Medicina di al-Azhar rifiutava l'impostazione proposta dalla Commissione speciale e ripresa dai Giudici della Corte, posto che, ad avviso della ricorrente, gli emendamenti all'articolo 2 della Costituzione implicavano necessariamente che i principi del diritto musulmano fossero divenuti regole giuridiche di di-

Su tali presupposti, La Corte Costituzionale enucleava il principio secondo cui il vaglio di costituzionalità ex articolo 2 fosse rivolto solamente alle nuove leggi ed ai nuovi decreti promulgati ed emanati dopo l'emendamento del 1980, con l'esclusione di tutti i precedenti atti normativi.¹⁰

Il metodo, invece, che la Corte Costituzionale decideva di adottare, relativamente al caso di un eventuale controllo di legittimità con l'articolo 2 della Costituzione per una nuova Legge o un nuovo decreto posteriore al 1980, veniva enucleato in un successiva decisione del 1993. In altre parole, la Corte, in questo caso, si poneva l'obiettivo di stabilire quali fossero i principi del diritto musulmano posti dall'articolo 2 della Costituzione come fonte suprema della legislazione.

L'oggetto del caso del 1993 riguardava la legittimità costituzionale del primo comma dell'articolo 20 della Legge n.100 del 1985 (modificativa di alcune previsioni della Legge n.25 del 1929 in materia di statuto personale), con riferimento al diritto di custodia dei figli in favore della donna divorziata.¹¹

La Corte in questo contesto, stabiliva che "l'emendamento dell'articolo 2 della Costituzione deve essere letto nel senso che non è permesso che un atto normativo contraddica i principi della *šarī'a* la cui origine ed interpretazione siano definitive (*al-qaṭ'iyya fī tubūtiḥā wa dalālatihā*), poichè questi principi sono i soli rispetto ai quali lo sforzo interpretativo (*iğtihād*) è impossibile. Essi rappresentano, per il diritto musulmano, le regole generali (*al-mabādi' al-kulliyya*) e le fonti assolute e certe (*uṣūlihā al-tābita*) che non ammettono al-

ritto positivo immediatamente applicabili a tutti i legislatori precedenti rispetto alla data della modifica stessa. Ciò avrebbe chiaramente comportato l'abrogazione di tutti gli atti normativi di diritto positivo che si fossero posti in contraddizione con i principi del diritto musulmano.

¹⁰ La Corte Costituzionale del 1985 giustificava il principio del divieto di retroattività nell'applicazione dell'articolo 2 sul presupposto che, qualora i principi del diritto musulmano fossero direttamente applicati dai Tribunali, si correrebbe il rischio che tutte le leggi ed i regolamenti precedenti il 1980 sarebbero abrogati con la conseguenza di un evidente danno per la stabilità politica e giuridica egiziana, posto che gli atti normativi antecedenti alla riforma costituzionale organizzano i vari ambiti della giustizia civile e penale e regolamentano la vita economica e sociale della comunità.

¹¹ Suprema Corte Costituzionale egiziana del 15 maggio 1993, *Ġarīda al-Rasmiyya*, n. 22,5, 6, 1993. Secondo l'articolo 20 della Legge citata, una volta terminato il periodo di *ḥaḍāna*, il Giudice può concedere un'ulteriore dilazione in favore della madre per un periodo massimo coincidente con il raggiungimento del quindicesimo anno di età per il maschio ed il matrimonio per la donna. In questa sede sarà esaminato solo il ragionamento della Corte Costituzionale relativamente al metodo scelto per l'individuazione dei principi di diritto musulmano da applicarsi secondo l'articolo 2 della Costituzione.

cuna interpretazione, nè alcuna alterazione. Inoltre, dovremmo considerarli come immutabili rispetto ai cambiamenti che avvengono nel tempo e nello spazio; da ciò ne consegue che essi sono impermeabili a qualsivoglia modificazione. L'autorità della Suprema Corte Costituzionale, su tale aspetto, è limitata alla salvaguardia di tali principi rispetto a leggi e decreti che li contraddicano."

La Corte riproponeva quanto già dichiarato dalla Commissione speciale incaricata dell'emendamento all'articolo 2 della Costituzione (*ta^cdīl dustūr ġum-hūriyyat Masr al-^carabiyya*), laddove si imponeva, come scopo della nuova formulazione dell'articolo 2, l'obbligo, in capo al Legislatore, di ricorrere ai principi del diritto musulmano con l'esclusione dell'utilizzo di altri sistemi giuridici, per trovare ciò di cui necessita e di utilizzare gli strumenti dell'interpretazione (*iġtihād*) laddove non fosse stata in grado di ricavare dal diritto musulmano regole chiare e necessarie. L' *iġtihād* può operare, invece, nel perimetro delle regole del diritto musulmano non chiare, modificabili in base ai mutamenti che avvengono nel tempo e nello spazio, al fine di garantire la loro flessibilità ed il loro dinamismo secondo le varie circostanze.

La Corte individuava, infine, il metodo di ragionamento dell'*iġtihād* nel suo percorso di attualizzazione ed innovazione degli istituti giuridici del diritto musulmano: "è necessario che questo sforzo interpretativo innovativo rimanga all'interno del perimetro delle fonti generali del diritto musulmano (*al-uṣūl al-kuliyya*) senza violarle; le nuove regole derivate dallo sforzo interpretativo devono essere sorrette dallo scopo della realizzazione degli obiettivi generali del diritto musulmano (*maqāṣid al-ṣarī'a al-'amma*), concepiti nella difesa della religione (*dīn*), integrità fisica (*nafs*), ragione (*‘aql*), proprietà (*māl*) e stirpe (*nasab*)."¹²

Nel caso del 1993, da cui emergono i summenzionati criteri enucleati dalla Corte Costituzionale, l'interesse in gioco riguardava, secondo i Giudici, l'interesse del minore (*maṣlaḥat saġhīr*), connesso con la cura fisica e psicologica prestata dalla primaria e naturale custode (*al-ḥādina*), ossia la madre. Lo scopo del diritto musulmano, in tal senso, era rappresentato della protezione del

¹² Alcuni giuristi del diritto musulmano inseriscono anche un sesto obiettivo da preservare, ossia la virtù (*‘irāq*). Sul ruolo degli obiettivi del diritto musulmano in relazione con i diritti umani, si veda l'interessante e critico saggio di JOHNSTON, *Maqāṣid al-Ṣarī'a: Epistemology and Hermeneutics of Muslim Theologies of Human Rights*, in *Die Welt des Islams*, 2007, p. 189 ss. Utile per la comparazione che offre tra *human rights* e concezione della giustizia nell'*Islām* è il saggio di GHUNAIMI, *Justice and Human Rights in Islam*, in *Revue Egyptienne de Droit International*, 2003, pp. 2-20.

minore dai danni materiali e psicologici, in ossequio agli obiettivi generali di salvaguardia dell'integrità fisica, della sanità mentale e morale.¹³

3. Uno dei casi di scuola relativi al dibattito tra *šarīʿa* e *ḥuqūq al-insān* in Egitto, il cui intervento della Corte Costituzionale evidenzia il metodo di interpretazione summenzionato, riguarda l'utilizzo del *niqāb*, ossia quel particolare abbigliamento femminile volto a coprire la donna quasi integralmente, lasciando scoperti solo gli occhi, in orario scolastico, da parte delle studentesse di Istituti pubblici.

Ripercorrendo brevemente i fatti, il Ministero dell'Istruzione egiziano, con Decreto (*qarār al-wazārī*) del 1994, proibiva l'accesso alla scuola di allieve che indossassero il *niqāb*. Un genitore di una scuola pubblica di al-Siyuf, Mahmud Sami ʿAli Wasil, padre delle due allieve Maryam e Hajir, ricorreva contro il Ministero innanzi al Tribunale Amministrativo (*al-maḥkama al-idāryya*) di Alessandria d'Egitto, contro la decisione, dell'Istituto scolastico, di espulsione delle figlie per inosservanza del Decreto, invocando la violazione degli articoli 2 e 41 della Costituzione.

Il Tribunale Amministrativo di Alessandria accoglieva il ricorso, sospendendo l'esecuzione del Decreto, ma rinviando la causa innanzi alla Corte Costituzionale perchè vagliasse la legittimità costituzionale dell'atto.

In particolare, su questo ultimo punto, le motivazioni del Tribunale Amministrativo risiedevano nel fatto che l'espulsione delle alunne fosse stata commi-

¹³ Stesso metodo veniva utilizzato dalla Corte Costituzionale in un'altra decisione del 1994 (Suprema Corte Costituzionale egiziana del 15 agosto 1994, *Ġarīda al-Rasmiyya*, n. 35,1, 9, 1994). Il caso di specie scaturiva da una domanda di divorzio di una donna in base all'articolo 25 della Legge n. 100 del 1985, secondo cui, in stato di poliginia, l'Ufficiale incaricato è tenuto a informare la prima moglie, la quale avrà diritto, entro un anno dalla notifica, a chiedere divorzio, laddove questa dimostri di avere subito un danno in seguito alle seconde nozze del marito. Oggetto della domanda di legittimità costituzionale ex art. 2 della Costituzione era proprio la Legge summenzionata, poichè limitativa del diritto di poter godere dello status poliginico da parte dell'uomo, così come il diritto musulmano permette. "Sappiamo che Dio non crea una regola senza che essa realizzi gli interessi del soggetto (*maṣāliḥ al-ʿibād*); non ignora alcun interesse connesso con gli affari di quest'ultimo senza creare una norma che regoli ciò. E' stabilito che ciò è certo nei testi rilevati (*al-naṣṣ*), su cui non devono esserci alterazioni (*al-maṣ laḥ al-haqīqiyya al-latī lā tabdīla fihā*) [...]; il diritto concesso alla moglie di opporsi ad un nuovo matrimonio e poter domandare divorzio non si fonda sul semplice fatto della sua avversione o gelosia per le seconde nozze del marito con un'altra donna." La Corte Costituzionale riconosce che il Corano, pur autorizzando la poliginia, non la impone. Pertanto, essa non è un obbligo, ma una facoltà che dipende dalla garanzia che tutte le mogli siano trattate in modo giusto ed equo.

nata in base al Decreto del Ministero dell'Istruzione n.113 del 1994, che definiva le forme e le modalità delle divise scolastiche con rispetto ai colori, modello, composizione, secondo quanto poi meglio descritto nel successivo Decreto 208 dello stesso anno.

La Corte Costituzionale¹⁴, *in primis*, riteneva che gli articoli costituzionali chiamati in causa non fossero solo il 2 ed il 41, così come invocati dal padre delle allieve espulse dall'istituto scolastico, ma inseriva anche, per analogia con il caso, l'articolo 46 della Costituzione, volto a tutelare la libertà di credo e di religione.

In merito all'articolo 2 della Costituzione, la Corte Costituzionale imponeva il medesimo ragionamento adottato nel 1993.¹⁵

La stessa Corte Costituzionale riconosceva, come *ratio* delle prescrizioni connesse con l'abbigliamento femminile secondo l'*Islām*, "la salvaguardia della castità, del pudore (*ʿafāf*) della donna, ossia la protezione dalla vergogna e dalla degradazione, causa principale del suo disonore dal quale ella stessa deve elevarsi. Il portamento della donna deve fondarsi sull'esaltazione delle sue virtù e del suo pudore, oltre che sull'attenzione ad evitare che il suo abbigliamento crei disonore. Pertanto, la donna non ha diritto a vestirsi come desidera e non può scegliere i propri abiti in funzione delle proprie fantasie".

I requisiti che l'*Islām* prevede in materia di abbigliamento, però, ricordava la Corte, non incontrano rigidi e fissi dettami scritti rintracciabili nei testi sacri, certi per autenticità e significato. "Pertanto, tali aspetti costituiscono materia sul cui dibattito l'*iğtihād* non può fermarsi. L'esegesi interpretativa deve, in ogni caso, rimanere circoscritta all'interno dei principi generali estrapolati dal Corano e dalla Sunna del Profeta. La suprema fonte del diritto musulmano

¹⁴ Per una traduzione della decisione, si veda LOMBARDI, BROWN, *Translation: the Supreme Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: an Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No. 8 of Judicial Year 17 (May 18, 1996)*, in *American University International Law Review*, 2006, p. 437 s.

¹⁵ "Il primato della *šarīʿa* non permette ad un testo legislativo di contraddire i principi del diritto musulmano assolutamente certi per autenticità e significato (*al-aḥkām al-šarīʿa al-qaḍīʿa fī tubūtiha wa dalālatiha*); tali principi non possono essere soggetti all'intervento dello strumento interpretativo (*iğtihād*), essendo questi principi universali (*mabadiʿa ha kullīyya*). Anche per quanto riguarda le disposizioni del diritto musulmano non certe e presuntive (*al-aḥkām al-ẓanniyya*), il perimetro di azione del ricorso all'*iğtihād* è limitato dalle fonti universali ed immutabili della *šarīʿa* (*al-uṣūl al-kullīyya li-l-šarīʿa*) ed il metodo interpretativo non deve prescindere dagli obiettivi generali del diritto musulmano (*maqāṣid al-ʿamma li-l-šarīʿa*), individuati in religione (*dīn*), integrità fisica (*naḥs*), ragione (*ʿaql*), proprietà (*māl*) e stirpe (*nasab*)."

ammonisce che: <E di alle credenti che abbassino gli sguardi e custodiscano le loro vergogne e non mostrino troppo le loro parti belle, eccetto quel che di fuori appare, e si coprano i seni d'un velo e non mostrino loro parti belle altro che ai loro mariti o ai loro padri o ai loro suoceri o ai loro figli, o ai figli dei loro mariti [...], Cor. XXIV, 30 >. Ancora, <Rimanetevene quiete nelle vostre case e non v'adornate vanamente come avveniva ai tempi dell'idolatria [...]>, Cor. XXXIII, 59".

Ciò che emerge dalla lettura della Corte è la totale mancanza di autenticità e univocità di significato in relazione con l'obbligo, in capo alla donna, di coprire volto e mani e, di conseguenza, la facoltà per il legislatore (*walī al-amr*, inteso come detentore, custode del potere, letteralmente dell'ordine) di intervenire su tale materia, attraverso l'*iğtihād*, appare lecita. Ciò comporta differenze di interpretazioni tra varie generazioni storicamente succedutesi di giuristi del mondo musulmano; mutamenti dovuti ai cambiamenti sociali, culturali e politici.

Sul punto, la Corte Costituzionale riteneva che l'utilizzo del *niqāb*, tipologia di veste che copre integralmente viso e mani, non fosse in alcun modo da considerarsi necessario secondo la *šarīʿa* (nulla dispongono, infatti, il Corano e la Sunna) nè altrettanto fosse necessario coprire ed oscurare totalmente la bellezza della donna, posto che, diversamente, ciò che appare deve manifestare e rappresentare la sua castità.

L'obbligo all'utilizzo del *niqāb* non è, pertanto, secondo i Giudici della Suprema Corte, un'accettabile interpretazione delle prescrizioni in materia di abbigliamento femminile e il Legislatore ha tutto il diritto di regolare tale materia pur rimanendo aderente e coerente con gli obiettivi del diritto musulmano.¹⁶

4. L'esperienza della Corte Costituzionale è ripresa anche da altri differenti Tribunali, chiamati a decidere di controversie aventi a tema diritti indisponi-

¹⁶ La pretesa violazione dell'articolo 46 della Costituzione è rigettata dalla Corte, sul presupposto che la *ratio* di tale libertà risiede nel diritto di scegliere e praticare il proprio credo religioso senza alcuna costrizione e non intende in alcun modo creare tutele per un culto a danno di un altro. La Corte scompone il diritto contenuto nel articolo 46 in due libertà complementari tra loro. La libertà di aderire ad un credo religioso da un lato, la libertà di manifestare il proprio credo osservando le relative prescrizioni rituali, dall'altro; la prima libertà è considerata illimitata, la seconda, al contrario, deve rispettare i limiti imposti dall'ordine pubblico, i principi etici e la difesa dei diritti e delle libertà del prossimo. La decisione del Ministero dell'Istruzione non ha inteso, sul punto, limitare, nè violare, il diritto di adesione ad un culto religioso e non ha in alcun modo leso la libertà di pratica connessa con il culto scelto. Non mina l'essenza della religione musulmana che nasce dalle fonti su cui si fonda.

bili, quali l'integrità fisica, e ad imbattersi con pretese di applicazione di principi di diritto musulmano.

In particolare, il fenomeno delle circoncisioni genitali femminili è stato oggetto di controversi dibattiti in tema di diritti umani in Egitto.¹⁷

Un caso su tutti¹⁸, datato 1997, andava a dirimere una controversia sorta in seguito all'emanazione, da parte del Ministero della Sanità egiziana, di un Decreto (*qarār al-wazārī*), il numero 261-1996, che stabiliva: "articolo 1. La pratica della circoncisione femminile (*ʿamalyyat ḥitān al-ʿināʾ*) è proibita sia nelle cliniche pubbliche o private sia nelle strutture ospedaliere, salvo in caso di malattia, che, sotto richiesta del medico responsabile, deve essere approvata dal direttore del reparto di ginecologia della struttura ospedaliera. Articolo 2. La pratica della circoncisione femminile effettuata da personale non medico è considerata reato soggetto alla condanna prevista dalle leggi e ordinanze in vigore." Tale Decreto è stato oggetto di un acceso dibattito sulla sua conformità ai principi del diritto musulmano; lo *šāḥ* Yūsif al-Badrī, insieme con Muḥammad Fawzi, professore di ginecologia presso l'Università di ʿAin Š-ams, avanzavano la domanda di una sua sospensione ed annullamento per manifesta violazione dei principi della *šarʿa* in ossequio a quanto stabilito dall'articolo 2 della Costituzione.

Il ragionamento svolto dai ricorrenti era fondato sulla certezza del consenso dei *fuqahāʾ* sulla legittimazione della pratica delle circoncisioni femminili e

¹⁷ Le radici delle pratiche delle circoncisioni genitali femminili non sono direttamente connesse con la nascita dell'*Islām* ma affondano nella più antica tradizione faraonica. Sulla materia delle circoncisioni genitali femminili, si vedano anche ABU SAHLIEH, *Les Musulmans face aux droits de l'homme: religion, droit et politique. Étude et documents*, Bochum, 1994, BERKEY, *Circumcision Circumscribed: Female Excision and 'Cultural Accommodation in the Medieval Near East*, in *International Journal of Middle East Studies* 28, 1996, AL-SAĞHIR, *ḥitān al-ʿināʾ bayna al-ibāha wa-l-tahrīm*, Cairo, 1995. In ogni caso, secondo le stime riportate dalla WHO nel 2005, le circoncisioni genitali femminili sono praticate su percentuali che oscillano dal 93 al 96% della popolazione femminile egiziana. Si consulti AL-ZANATY-WAY, *Egypt demographic and health survey 2005. Demographic and Health Surveys. Caire, Egypt: Ministry of Health and Population, National Population Council*, 2006.

¹⁸ Si veda, per un commento alla Sentenza in esame, BÄLZ, *Human rights, the Rule of Law, and the Construction of Tradition. The Egyptian Supreme Administrative Court and Female Circumcision (appeal no. 5257/43, 28/12/1997)*, Égypte/Monde arabe, 1998, p. 141 s.

sulla contrarietà ad interventi da parte del Legislatore volti a imporre restrizioni a ciò che è previsto da una regola scritta (*mubāh bil-naṣ*) o a ciò che è considerato come atto obbligatorio (*wāğib*) o raccomandato (*mandūb*) secondo la ripartizione sciaraitica delle azioni umane, posto che ciò rappresenta un ordine del Legislatore divino (*amr^{an} min al-šarīʿ*) non suscettibile di alcuna opposizione.

Il Tribunale Amministrativo (*al-maḥkama al-idāryya*) accoglieva il ricorso in data 24 giugno 1996, non muovendo argomentazioni connesse con l'interpretazione dei principi di diritto musulmano relativi alla pratica delle mutilazioni genitali femminili, bensì argomentando la propria decisione su considerazioni di diritto sanitario.

Il ministero della Sanità ricorreva in appello presso la Suprema Corte Amministrativa (*al-maḥkama al-idāryya al-ʿulyā*), la quale, nella fase di decisione, si poneva e rispondeva a due fondamentali domande; *in primis*, fino a che punto l'opera legislativa è vincolata dai limiti imposti dall'articolo 2 della Costituzione? La pratica delle circoncisioni genitali femminili è connessa con il diritto all'integrità fisica; ossia vi sono presupposti giuridici che possano legittimare e giustificare tale pratica?

Aderendo al suesposto ragionamento operato dalla Corte Costituzionale, il Supremo Tribunale stabiliva che "i principi della *šarīʿa* sono la suprema fonte della legislazione (*tašrīʿ*). Ciò impone un limite sia al potere legislativo sia a quello esecutivo, avendo riguardo, rispetto a leggi e decreti, a non contraddire quei principi cardine della *šarīʿa* che posseggano il carattere di definitività nella loro immutabilità o definitività e significato (*al-aḥkām al-šarīʿa al-qafʿīa fī tubūtiha wa dalālatiha*). Tali principi non possono essere soggetti all'attività interpretativa (*iğtihād*), essendo questi immutabili fonti del diritto musulmano, su cui non è aperta alcuna possibilità di interpretazione o modifica. Qualsiasi iniziativa del Legislatore che contravvenga tali principi è nulla ed invalida."¹⁹

Su queste basi, i Giudici esaminavano la pratica delle circoncisioni genitali femminili, in particolare focalizzando la loro attenzione sulla conformità o meno ai principi di diritto musulmano.

¹⁹ Ancora la Suprema Corte Amministrativa ricorda che "i principi soggetti a *iğtihād* (*aḥkām ṭaniyyīa*) non contengono quella stabilità in termini di immutabilità e univocità del significato. La loro applicazione è flessibile ed aperta al cambiamento in base ai mutamenti sociali e temporali al fine di assicurare flessibilità e dinamismo, laddove occorra regolare le vicende umane (*šūʿūn al-ibād*) per il bene e la protezione dei loro interessi legalmente riconosciuti e porre i generali obiettivi della *šarīʿa* nella pratica."

Posto che nessuna menzione è rinvenibile all'interno del Corano, la Corte rilevava un evidente caso di discordanza (*iḥtilāf*) sul consenso (*iğmā'*), tra i *fuqahā'* delle quattro scuole giuridiche ufficiali (*maqāhib*) dell'*Islām* sunnita. Tale disaccordo è dovuto a due opposte interpretazioni della pratica in esame, ma quella maggioritaria prevede l'esplicito divieto di circoncisione genitale femminile sul presupposto che la Sunna del Profeta non ha previsto nè reso obbligatori simili atti, se non in un *ḥadīṭ*, considerato debole (*daʿīf*), pertanto, privo di autorevolezza.

Questo "spazio" concesso dalla totale discordanza tra i giurisperiti musulmani, permetteva che la Corte introducesse principi internazionali di diritti umani.

Così, il diritto tutelato nella causa di specie è rappresentato dall'integrità fisica (*salāmat al-ğism*), intesa come integrità del corpo. La Corte stabiliva che "tale tutela è estesa a tutte le parti del corpo, sia interne sia esterne." Così, "il diritto umano (*ḥaqq al-insān*) di protezione dell'integrità fisica presuppone la difesa delle normali funzioni corporali e fisiche, la salvaguardia di tutte le parti del corpo integralmente, il conseguente divieto di qualsiasi mutilazione e di danni psico-fisici". La Corte riconosceva solo nella causa di giustificazione (*sabab al-ibāḥa*) una possibile intrusione nel diritto indisponibile all'integrità fisica. Nel caso di specie, però, i giudici non rilevavano alcuna possibilità di individuare una causa di giustificazione nel caso delle circoncisioni genitali femminili, proprio a partire dall'analisi dei diritti sanitario e penale egiziani.

L'articolo 1 della Legge 415 del 1954, oltre a riconoscere il diritto per tutti gli egiziani iscritti come medici presso il Ministero della Sanità, di poter praticare la professione medica, stabilisce i limiti per le operazioni chirurgiche, imponendo che qualsivoglia operazione debba essere eseguita in presenza di un giustificato caso di malattia e pericolo per il paziente e la finalità sottesa debba essere la guarigione di quest'ultimo.

Ne consegue, secondo la Corte, che tutte le pratiche dirette ad intervenire sul corpo umano non possono essere considerate alla stregua di un trattamento sanitario.

Dissipato ogni dubbio circa un'eventuale analogia tra trattamenti sanitari e circoncisioni genitali femminili, ulteriore nodo che la Corte ha dovuto sciogliere ha riguardato l'applicazione al caso di specie dell'articolo 60 del codice penale egiziano, che stabilisce: "Le disposizioni del codice penale non trovano applicazione rispetto a tutti quegli atti eseguiti in buona fede (*bi-niyya salīma*) per esercitare un diritto garantito dalla *šarīʿa*".

Sul punto, la Corte stabiliva che: "la circoncisione femminile non rappresenta un diritto esercitabile da chiunque nei confronti di chiunque, non rappresenta

nè un dovere (*farḍ*) nè un obbligo (*wāḡib*) secondo le disposizioni del diritto musulmano. Anzi, la maggioranza della scienza medica considera tali pratiche atti dannosi per le donne, che infliggono un danno sostanziale che non può essere permesso. Inoltre, in accordo con la giurisprudenza islamica ed il diritto musulmano (*fiqhan wa šarʿan*) vale l'inderogabile principio secondo cui laddove non ci sia danno non ci può essere una punizione (*lā darar wa lā dirār*).²⁰

5. Ulteriore tematica che investe ancora oggi la dialettica tra *šarīʿa* e *ḥuqūq al-insān* in Egitto è connesso con la tutela della sessualità, intesa in questa sede come identità sessuale ed il diritto di mutare sesso.

Un caso, che non ha direttamente investito la Corte Costituzionale ma che è stato al centro del dibattito politico e sociale egiziano, ha avuto come protagonista Sayyid ʿAbd Allah, uno studente di medicina dell'Università di al-Azhar. Nel 1982, in seguito a forti depressioni ed accurate visite psicologiche, gli venne diagnosticato un disturbo della sessualità, più esattamente ermafroditismo psicologico; egli decise di sottoporsi a trattamenti finalizzati alla successiva operazione chirurgica per il cambiamento del sesso, effettuata nel 1988.

Il Preside della Facoltà di Medicina dell'Università di al-Azhar si rifiutò di accettare l'iscrizione ad un esame di profitto da parte di Sayyid, divenuto Sally.

Quest'ultimo (ultima) avanzò richiesta per il cambiamento delle generalità presso il competente Ufficio Amministrativo di Stato civile. La posizione di al-Azhar si fondava sul presupposto che l'operazione condotta dal chirurgo non fosse finalizzata al mero cambiamento del sesso ma fosse una vera e propria mutilazione dovuta all'esigenza del paziente di intrattenere rapporti omosessuali con altri uomini.

Oltre alle autorità accademiche, anche il Sindacato dei Medici di Giza convocò i due medici che avevano condotto le visite sul paziente e diagnosticato la necessità dell'operazione chirurgica, ritenendo che il loro operato fosse stato erroneo, laddove essi avevano stabilito l'esistenza di una patologia prima dell'intervento.

Su richiesta dello stesso Sindacato, in data 8 giugno 1988 il *Mufti* della Repubblica, Sayyid Tantawi, emise una *fatwā* sul caso, stabilendo che qualora il

²⁰ Nel giugno 2008, il *maǧlis al-šaʿb* ha approvato alcuni emendamenti alla Legge n. 12 del 1996 sui diritti dei minori, tra cui una modifica all'articolo 7 che prevede la pena del carcere da 3 mesi a due anni per tutti coloro che siano dichiarati colpevoli di aver praticato circoncisioni genitali femminili.

medico avesse dimostrato che l'intervento chirurgico fosse stata l'unica alternativa per le condizioni patologiche del paziente, tale trattamento sarebbe stato autorizzato. Al contrario, il semplice desiderio di mutamento di sesso non avrebbe potuto equivalere a giusta causa di un simile intervento.

Il chirurgo, in data 12 giugno 1988, venne citato da al-Azhar, a comparire innanzi al Tribunale penale (*al-maḥkama al-ḡināīyā*), per rispondere del reato di cui all'articolo 240 del Codice penale egiziano, per aver inflitto un danno permanente al proprio paziente. I Giudici e il pubblico ministero, nell'esaminare il caso ritennero che Sayyd (Sally) fosse nato maschio ma da successivi rilievi psicologici, fosse corretta e pertinente la diagnosi di ermafroditismo psicologico così come il successivo intervento chirurgico. Tale intervento rappresentò la naturale conclusione di un iter sanitario efficiente e professionalmente ineludibile e non fu causa di alcuna disabilità fisica permanente a danno del paziente, il quale era da considerarsi a tutti gli effetti una donna. Un anno dopo, Sally ottenne il certificato attestante l'avvenuto mutamento di sesso da parte del competente Ufficio Amministrativo di Stato civile.

La Facoltà di medicina per donne di al-Azhar perseverò nel divieto, imposto allo/a studente di iscriversi; Sayyd (Sally) presentò ricorso innanzi al Tribunale Amministrativo (*al-maḥkama al-idāryya*) del Cairo, che riconobbe in favore del ricorrente il diritto ad ottenere tutte le misure necessarie per procedere all'iscrizione presso l'Università di al-Azhar, in particolare presso la Facoltà di medicina per donne.

In data 14 novembre 1999, al-Azhar ricorse in appello avverso tale decisione, ritenendo che Sayyd (Sally) non possedeva i requisiti morali ed etici richiesti dall'Università; l'accusa mossa da al-Azhar era fondata sul fatto che lo /la studente/essa si prodigasse in danze del ventre in *night club*. Il Tribunale, innanzi a tali nuovi elementi prodotti dall'Ente ricorrente, ritenne fondato e corretto il ricorso presentato da al-Azhar, sul presupposto che: "la danza del ventre è contraria ai principi della *ṣarīʿa* e contraddice la condotta che deve essere osservata da chiunque frequenti una delle facoltà per donne di al-Azhar, condotta che non può essere messa in discussione e non può essere violata".²¹

6. Lungi dal poter tracciare conclusioni definitive su una tematica così complessa come quella del rapporto tra diritto musulmano e diritti umani in Egitto, rimangono, tuttavia, alcuni aspetti su cui, in ogni caso, occorrerà riflettere.

²¹ *al-maḥkama al-idāryya* n. 1487/54, 20 giugno 2000. Il caso esaminato è riportato da DUPRET, *Sexual Morality at the Egyptian Bar: Female Circumcision, Sex Change Operations, and Motives for Suing*, in *Islamic Law and Society*, 2001, pp. 42-69. Sul rapporto tra *Islām* e diritti connessi con la sessualità, in particolare, con l'omosessualità in Egitto, si veda l'interessante saggio di SHALAKANY, *Islamic legal histories*, in *Berkeley Journal of middle eastern Islamic Law*, 2008, p. 2 ss.

In primis, si sottolinea come, almeno formalmente, l'applicazione ortodossa della *rule of law* anche nel settore della tutela dei diritti umani sia colta adeguatamente dai Giudici nella produzione delle loro decisioni, laddove queste non ricevano "interferenze" causate dal vaglio di costituzionalità rispetto all'articolo 2 della Costituzione. Si ricorda, sul punto, come la Corte Costituzionale abbia, in più occasioni, dimostrato di saper applicare Convenzioni internazionali a cui l'Egitto ha aderito; così, l'articolo 26 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e la convenzione UNESCO contro le discriminazioni e l'educazione, relativa al diritto all'istruzione trova spazio in una sentenza della Corte recante una decisione in materia di premi assicurativi di istituti scolastici privati. Ancora, il diritto a quote riservate a disabili, secondo la convenzione dell'ILO, come risulta da una decisione del 1995.²²

Rimane, però, aperto il dibattito con i principi del diritto musulmano, che, in Egitto, oltre ad essere parte integrante del diritto vivente, sono, come detto, stati assunti a livello costituzionale come principali fonti della legislazione; in altre parole, la *šarīʿa* si insinua a pieno titolo come pilastro e riferimento formale per il giurista e per l'operatore del diritto.

Il discernimento dei principi del diritto musulmano, la capacità di cogliere quali siano le regole generali (*al-mabādiʿ al-kulliyya*) e le fonti assolute e certe (*uṣūliḥā al-tābīʿiyya*) che non ammettono alcuna interpretazione e l'elasticità con cui attualizzare e contestualizzare gli obiettivi generali del diritto musulmano (*maqāṣid al-šarīʿa al-ʿamma*) con i mutamenti sociali nel tempo e nello spazio, tutto ciò è premessa alla tematica, sempre più cruciale, della formazione del giurista egiziano, ossia il bagaglio culturale-giuridico, il background di conoscenze e di esperienze del futuro operatore del diritto.

Il banco di prova saranno sempre di più le Facoltà di diritto e la politica che queste sceglieranno di adottare, verso uno sviluppo della didattica volta ad incrementare conoscenze di diritto internazionale e di tutela di diritti umani²³, non prescindendo, però, dalla necessità di salvaguardare programmi curricolari comprensivi dello studio del diritto musulmano, delle sue fonti, della cultura islamica e della storia dell'*Islām*.²⁴

²² Si veda Suprema Corte Costituzionale egiziana, Sentenza dell'otto agosto 1995, *Ġarīda al-Rasmiyya*, n. 16 del 31-9-1995.

²³ Ad esempio, la *American University in Cairo*, uno degli atenei più prestigiosi in Egitto, promuove, all'interno del nuovo *Department of Law*, un master in *Arts in International Human Rights Law (IHRL)*.

²⁴ Molta della formazione dei Giudici della Corte Costituzionale è stata acquisita in Università straniere, europee o statunitensi. Si pensi al Giudice ʿAbd al-Raḥman Nossier, membro del *Conseil d'Etat* di Parigi nel 1970 e *Human Rights Fellow* presso la De Paul University di Chicago nel 1992.

Il futuro egiziano degli *ḥuqūq al-insān* passerà, pertanto, sempre di più dalla capacità degli operatori del diritto di sapere armonizzare regole e principi islamici con le esigenze sociali (non solo nazionali) e di utilizzare lo strumento dell'*iğtihād* per poter meglio contestualizzare gli obiettivi generali del diritto musulmano con le esigenze di trasformazione dell'ordinamento giuridico e sociale, posto che la scelta di interpretazione della *šarī'a* è e rimane frutto della cultura del giurista, della sua formazione e dell'ambiente storico in cui vive.