

Diritti islamico, indù, orientale,
africano

Diritto islamico

- Raggruppa sistemi basati sulla religione islamica (abitanti per lo più musulmani).
- Elementi di unità (oltre al fattore religioso):
- gli Stati della famiglia giuridica islamica hanno fatto parte di imperi fondati sull'Islam (impero ottomano, persiano, ecc.);
- hanno partecipato della forma di governo “califfato” e ne conservano traccia, anche se questa struttura non più effettiva.
- Vi è una sostanziale unità al suo interno, pur essendovi aree diverse:
 - 1) **Araba:** *Maghreb* (occidente: da Marocco a Libia) e *Mashreq* (oriente: Egitto, penisola araba, aree siro-libanesi e mesopotamica);
 - 2) **Iraniana** (vecchio impero persiano: Iran, Afghanistan, Kurdistan) => mantengono le proprie lingue e rivendicano un ruolo nella creazione della tradizione giuridica islamica;
 - 3) **Turca** (Impero ottomano) => lingua diversa;
 - 4) **altre zone di penetrazione:** Indonesia, Africa sahariana, Bangladesh.

Islam

- **L'islam genera un ordinamento giuridico confessionale** (tende a fini ultraterreni).
- Vi è una parte teologica (**dogmi e precetti in cui un musulmano deve credere**) e una precettiva (**shari'a: la strada da seguire**). La seconda è quella definita diritto islamico, ma in realtà è parte del fenomeno religioso. Visione totalizzante: trova la sua ragione giustificatrice nella volontà rivelata di Dio, non nella volontà di autorità terrene.
- È **immutabile**: tutto il diritto esistente è stato rivelato agli uomini una volta per tutte. È volontà di Dio e non il prodotto di una società o specchio dei suoi problemi reali.

Rami e radici

Rami: partizioni del diritto degli ulema (dottori).

Radici (usul): procedimenti e fonti da cui è tratta la *shari'a*. Elaborata nel IX sec.

- **Corano:** rivelazione divina fatta dall'Arcangelo Gabriele a Maometto. Trascritto nel 656 d.C. dal terzo califfo. È un testo completo: 114 sure, suddivise in versetti disposte non in ordine cronologico, ma dalla sura più lunga alla più corta. Per i contrasti tra i versetti si applica il criterio abrogativo. Contiene poche e principi giuridici. Mancano, ad esempio, le sanzioni per le violazioni di precetti, è casistico e asistemico: presenta soluzioni di casi pratici sottoposti a Maometto in quanto giudice e risolti sulla base del diritto consuetudinario arabo.
- **Sunna:** detti e fatti del Profeta. Interviene quando non si riesca a identificare cronologicamente una rivelazione. Danno una interpretazione cronologica delle rivelazioni al fine di applicare il criterio cronologico. Una tradizione, deve essere stata trasmessa da una catena ininterrotta di narratori attendibili e avere per oggetto un comportamento di Maometto, il cui agire è ispirato da Dio.
- Le raccolte dei detti e fatti sono seguiti da **sunniti** (coloro che seguono la tradizione), che ritengono il corano e la tradizione non poter essere usati da autorità politica per decisioni politiche. Elezione per parte della umma del successore di Maometto.
- Gli **sciiti**, non riconoscono la successione dopo il quarto califfo, Alì: la successione alla guida dell'islam deve seguire la successione dei capi spirituali, ispirati da Dio (imam) che devono discendere dal quarto califfo.
- - **Consenso (igma):** la comunità dei fedeli in accordo produce nuovo diritto. Poi è stato ristretto ai soli ulema per evitare eccessive e indiscriminate proliferazioni di regole tra le varie comunità. Gli sciiti non lo riconoscono.
- - **Analogia (qiyas):** Trarre da norma, detto, ecc. un principio generale anche per la risoluzione di casi non disciplinati.
- **Convenzione e consuetudine:** consente di ampliare la portata introdurre norme non previste. Non è vera fonte del diritto.

Immutabilità e adattamento

- Consuetudine: non è parte del fiqh (diritto). Ciò, perché avrebbe significato intaccare un caposaldo del diritto islamico: **la sua uniformità per tutta la comunità dei credenti**. È tollerata se non contrastante con il diritto islamico. In tale caso: completa il diritto musulmano.
- Convenzione: poiché poche sono le norme cogenti derivanti dalle fonti, ampio spazio è lasciato alla libertà negoziale e all'autonomia privata. Può apportare numerose modificazioni alle norme che sono poste dall'Islam (es.: auto-ripudio della donna).
- Stratagemmi, giuridici e finzioni: la shari'a è pervasa da formalismo, richiede sia rispettata la lettera della legge, piuttosto dello spirito (elusione del prestito ad interesse, che è vietato; divieto di concludere contratti di assicurazione: è vietato incassare i premi).
- Fonti politiche: secondo la concezione islamica, il monarca o le assemblee rappresentative sono non padroni del diritto, ma al servizio di esso. Di qui sorge il divieto di legiferare ma non di emanare atti amministrativi e "circolari" per la interpretazione delle norme.

È il solo diritto degli Stati musulmani?

- Il diritto islamico non è il diritto dei Paesi musulmani.
- I secoli XIX e XX hanno conosciuto la “occidentalizzazione” del diritto islamico. In altri casi si è seguita la via della codificazione del diritto islamico (come in civil law). Ancora, si sono soppressi i tribunali religiosi: il diritto islamico è oggi applicato spesso e sempre più da corti statali.

Rilevanza del diritto islamico per il diritto costituzionale

XIX secolo fino a crollo impero ottomano.

Recupero dei valori dell'islam tradizionale in opposizione alla decadenza dell'impero ottomano (wahhismo). Ritorno all'islam originario, al Corano, in ambito religioso e giuridico.

Califfato: la comunità (umma) è governata dal califfo, capo temporale del potere esecutivo, capo unico, vicario e successore di Maometto: il califfo o imam.

La nomina del califfo ha natura contrattuale: contratto di imamato. La umma attribuisce un mandato di governo al designato: a) mediante elezione da parte di chi è irreprensibile e, quindi, in grado di riconoscere in un individuo i requisiti necessari per essere califfo; b) designazione del successore; c) occupazione del potere (la tirannia è meglio dell'anarchia).

Al califfo spetta il titolo di principe dei credenti (amir): protegge la comunità, osserva e fa osservare la legge religiosa, amministra la giustizia, può essere rimosso se compie atti contrari alla religione. Non ha poteri legislativi né è un vero capo religioso, non vi è teocrazia.

1920 (mandato su Medio Oriente) – 1948 (creazione Stato di Israele): imposizione dei modelli costituzionali occidentali. La reazione al colonialismo è infatti la nascita dei nazionalismi locali.

1948 – 1967. Tentativo fallito delle classi dominanti arabe subordinate alle potenze occidentali. Si avvia il tentativo di unificazione dei paesi islamici sotto la guida del movimento panarabista di Nasser: libertà, socialismo e unità sono i cardini del progetto (c.d. socialismo arabo, che non è marxista)

Il fallimento del trapianto dei modelli occidentali, la corruzione del sistema e l'assenza di forze politiche organizzate comportano come conseguenza il rafforzamento degli eserciti.

1967-oggi Crisi ideale arabista di Nasser, osteggiata dall'Arabia Saudita. Sconfitta nella guerra dei 6 giorni contro Israele, il fallimento del socialismo arabo, ritorno ai nazionalismi; fondamentalismo.

Re-islamizzazione

- Dovuta alla influenza crescente degli integralismi.
- Re-introduzione di pene “classiche” (amputazione per furto, flagellazione per fornicazione e per consumo di alcol).
- Rivitalizzazione della procedura e delle corti islamiche (es.: Pakistan).

Diritto Indù

- È il diritto della maggioranza della popolazione dell'India, di minoranze in Pakistan, Singapore, Malesia, Tanzania, Kenia.
- Si fonda sul principio della personalità del diritto: si applica ai soli indù, indipendentemente da residenza e cittadinanza.
- Induismo: è un credo comune carente però di un dogma religioso. Si tratta di una serie di **convinzioni basilari che sono riconosciute da tutti gli indù e poi declinate in diverse correnti (buddismo, sikhismo, ecc.)**

Caratteri comuni dell'induismo

- Dottrina della migrazione dell'anima e *Karma*: le azioni compiute in terra sono il germe per una nuova esistenza, il cui rango dipende dall'attitudine morale e della responsabilità etica tenute nella vita precedente. Si chiude con l'uscita dell'anima dal circolo della vita e della morte, e il ricongiungimento con la divinità.

Le caste

- Ciò giustifica la divisione in caste della società induista: un insieme di persone che sono legate da particolari norme di comportamento.
 - 1) Bramini (o brahmani): sacerdoti;
 - 2) Ksatriya (guerrieri);
 - 3) Vaisya (commercianti ed artigiani);
 - 4) Sudra (lavoratori comuni).

Le caste (2)

- Escluso il passaggio da una casta all'altra;
- Vi è, tra le caste, un ordine gerarchico: il sistema è mantenuto in piedi dalla concezione che ogni casta detenga una propria purezza.
- Divieto, pertanto, di contatti con caste inferiori. Venuto meno nel 1949 (*Hindu Marriages Validity Act*) e poi grazie alla Costituzione indiana del 1950.
- Tuttavia, la popolazione seguita ad attenersi alle regole di comportamento tradizionali.

Testi giuridici

- *Veda* (II millennio a.C.): è il più antico diritto vigente. Sono i testi della rivelazione.
- *Smritis* (saggezze degli antichi studiosi e sacerdoti: 800-200 d.C.).
- regole giuridiche che, a seconda della casta di appartenenza, un uomo deve tenere verso la divinità, il re, sacerdoti, ecc.

ŠĀSTRAS

- Dharma-ŠĀSTRĀ (regole per la vita morale, finalizzate alla beatitudine eterna: **brahmani**)
- Artha-ŠĀSTRĀ (scienza dell'utile e della politica: arte di arricchirsi e governare: **dirigenti e commercianti**)
- Kama-ŠĀSTRĀ (regole intese a procurare una vita lunga e gradevole: **comuni a tutti gli uomini e donne**).

ŠĀSTRAS (2)

- Vi è un ordine dell'universo, che non va turbato.
- Le regole da rispettare per conseguire tale fine, non conferiscono principi, ma doveri, che sono diversi per casta, età, ecc.

Dominazioni musulmana e britannica

- Dominazione musulmana: invasioni già tra VIII-XIV sec. e consolidamento dal XVI. Il diritto dei dominatori si impone come diritto ufficiale, ma non si applica al diritto delle persone.
- Dominazione britannica: dal XVIII sec. Il diritto indù esce deformato dal contatto con la common law, diviene sempre più recessivo,

Diritto africano

- **Diritto africano è diritto subsahariano.**
- **Varietà delle consuetudini:** scarsa l'omogeneità sociale, culturale, linguistica, ecc. e giuridica. Infatti, a sud del Sahara scorre una linea che va dalla Mauritania al Kenya e che oppone i Paesi del Nord-africa (di lingua e cultura e diritto islamico) a quelli meridionali, retti da consuetudini molteplici.
- Si fonda su tratti che lo oppongono al diritto europeo: 1) **Elementi magico-sacrali** (anche presso i Berberi si trovano ancora elementi di derivazione magico-sacrale che di per sé sarebbero incompatibili con il diritto islamico); 2) concezione dell'ordine sociale legata all'idea per cui la consuetudine va rispettata perché testimonia rispetto per antenati; 3) il potere è legittimato dal sacro: sanzioni soprannaturali minacciano chi rifiuta obbedienza; ma il capo beneficia pure di assistenza soprannaturale; 4) rifiuto dell'idea di progresso perché modifica situazioni consolidate.
- Ruolo dei morti e degli antenati: hanno poteri sui vivi e sulle cose. Delimitazione confini, utilizzo del suolo, corsi d'acqua, ecc.: vi partecipano anche i morti e le personificazioni degli elementi terrestri. Ciò che riguarda il gruppo è rilevante ad un tempo per i morti e per i vivi.
- Modello di società a **potere diffuso**: caratteristica ora in parte superata (ma si mantiene, come residuo, presso Berberi e Somali, pur assoggettati a Stati);
- Regola tradizionale africana: non scritta. E caratteri oralità. Dalla formazione della regola, al processo, alla sentenza alla dottrina, il diritto è trasmesso tutto a voce.

Diritto africano (2)

- Manca la figura del giurista e manca un linguaggio giuridico specializzato. Non si ha un diritto verbalizzato: anche perché le poche regole consuetudinarie rinviano a organi che sono di discussione e di definizione del diritto applicabile. Composizione amichevole e ciò che è giusto serve per rinsaldare la coesione del gruppo.
- Centralità dei rapporti familiari e degli *status*: senza questi non si capisce alcunché della posizione dell'individuo nella società.
- Esistenza **schiavitù**: ma lo schiavo del Re è in posizione elevatissima. Può essere chiamato dal Re stesso a svolgere ruoli o esercitare poteri e funzioni molto importanti.
- Società molto stratificata: castale. E vincoli di gruppo molto saldi.
- Proprietà: è sacra e apparentata alla regalità. Si concludono patti di protezione con personaggi soprannaturali.
- La terra è gestita dal gruppo. Non si può alienarla senza consenso del gruppo. Di qui diritti individuali di gestione, limitati dal sacro e dalle esigenze del gruppo. Diritti vari che sono dipendenti da prerogative castali, sacrali politiche.
- Il Capo della terra riceve da antenati fondatore i diritti e responsabilità che il fondatore stesso ha contratto con la terra. Potere sacrale e gli uomini non possono disporre. Non è potere politico, che spetta ad altri (esempio, a nuova tribù che ha sconfitto il gruppo).

Colonizzazione

- Inglese: politica di *indirect rule* (amministrazione indiretta). Si ammette che gli indigeni dovessero continuare a governarsi e amministrarsi da soli, sulla base delle consuetudini.
- Francesi, Spagnoli, Portoghesi: assimilazione sulla base della superiorità (presunta) della civiltà europea.
- Tuttavia, gli esiti sono i medesimi: 1) recezione del diritto moderno per problematiche non risolvibili sulla base del diritto tradizionale; 2) snaturamento del diritto tradizionale, perché ritenuto non adatto a regolare determinate materie.

Estremo Oriente

- **Grande differenza rispetto a sistemi occidentali:** l'impostazione in civil law, common law (ma anche nella famiglia socialista) è che le questioni importanti della vita in comune siano regolate da norme di diritto oggettivo, non dai costumi o dalla morale. E che, in caso in cui i diritti attribuiti da queste norme siano oggetto di contestazione, ci si possa rivolgere ai giudici per richiederne attuazione.
- In Estremo Oriente, la risoluzione delle controversie è rimessa in misura maggiore ad altre tecniche di conciliazione. Ciò è conseguenza del **Confucianesimo**.
- Confucio (551-479 a.C.) ritiene che tutti si sia parte organica di un universo ordinato in modo armonico e unitario. In conseguenza di ciò, l'uomo dovrebbe mantenere se stesso, i suoi comportamenti, le azioni, ecc. in accordo con l'armonia del cosmo. Tenere un corretto comportamento affinché esso sia conforme all'agire naturale per realizzare l'ordine universale.
- Le regole di comportamento sono dette **li**: in gran parte sono determinate dallo *status* sociale della persona cui si rivolge la regola. Le differenti posizioni del singolo (come uomo, donna, membro della famiglia, del clan, ecc.) costituiscono una parte dell'ordine naturale che va rispettato e non turbato. L'uomo ideale si attiene alle regole del li. Mette da parte gli interessi personali per mantenere l'armonia.
- **Scarsa considerazione per diritto:** il diritto semplifica, tipizza, schematizza; non è in grado di ponderare tutte le variabili che risultano dalle posizioni sociali.

Cina

- **Eccezionale longevità dell'istituto imperiale e continuità della cultura anche giuridica:**
- **prime tre dinastie: Xia, Shang e Zhou (dal XVI-XI se. A.C.):** sistema basato su discendenza e legittimazione sacrale del potere, superato solo dagli Zhou con la elaborazione del c.d. Mandato Celeste (rimane fino al 1911): **il sovrano regna e governa con l'esempio, a beneficio del popolo, in base a un mandato del cielo. Egli può essere detronizzato dal popolo se viene meno ai propri compiti e alla propria missione civilizzatrice attraverso la "sottrazione del mandato" ciò è un principio democratico: serve per legittimare i cambi di dinastia..**
- Declino tra 722-481 che vede sfaldarsi il modello legato a un potere per sistemi di clan, discendenze e gerarchie.
- 453-222: periodo degli Stati combattenti. Combattono per la creazione di un potere unitario. Prima formulazione di un testo legislativo in materia penale.
- **dal 221 a.C.**, con dinastia Qin, si crea un Impero centralizzato che arriva fino al XX secolo. Brevi parentesi di frammentazione politico sociale (tra dinastia Han e Sui: 311-598 d.C.) sono però da intendere come fasi transitorie, che mirano alla ricostruzione del potere centralizzato.
- **È molto longevo:** molti profili di continuità e unificazione: 1) standardizzazione pesi e misure, moneta unica, unificazione della scrittura; creazione di un potere tripartito: civile (Gran Consigliere), militare (Gran Maresciallo); amministrativo (Gran Censore); 3) ripartizione amministrativa in governatorati, quindi in distretti e dentro i distretti gruppi governati da capi locali.
- **La dinastia Qin** è legista: mira a eliminare ogni residuo localistico e a sopprimere la presenza confuciana. Che, però, si impone come ideologia ufficiale già nel 206 a.C. e viene ufficializzata dal II se. A. C.
- Diritto imperiale: **fa** (regole scritte e verbalizzate, poi ordinate in raccolte: c.d codici dinastici). Contiene i **lu**, vale dire le regole fondamentali che sono di ispirazione confuciana e che si consideravano immutabili e da tramandare dinastia dopo dinastia.

Cina: l'apertura all'occidente

- Si realizza nel 1840-1886 (guerra dell'oppio).
- Con la fine della dinastia Qing (1644-1912: nel 1911 viene depresso l'ultimo imperatore), si richiede l'adozione di riforme del sistema giuridico. Ha esito nella codificazione (commerciale: 1903; penale: 1910; civile: 1911).
- 1911-1949: Cina nazionalista.

Giappone

- Periodo **Yayoi** (IV a.C.-IV d.C.): civiltà del riso basata sugli **uji** (gruppi clanici). Il potere è marcato dall'elemento sacrale e dai rapporti di parentela. Il capoclan era anche un capo spirituale.
- Periodo **Yamato** (IV sec. d.C-710): tra i clan più importanti emerge il clan della regione Yamato, che poi è quello a cui la casa imperiale fa risalire le proprie origini.
- È la fase dell'influenza molto forte della cultura cinese (come in Corea e Indocina): scrittura, religione, ecc. cinese.
- Si crea progressivamente un impero su modello cinese che arriva ad accentrare tutto il potere nelle mani della futura famiglia imperiale. **Del modello cinese non si accoglie però la teoria di legittimazione del potere nota come "mandato celeste"**. Questa, infatti, ammetteva anche la possibilità di revoca dell'imperatore se incapace, legittimando così anche i cambi di gerarchia.
- Si opta per una tradizione autoctona, derivata dallo shintoismo: l'idea della discendenza di sangue dell'imperatore dalla dea sole **Amaterasu**. Ciò impedisce cambi e avvicendamenti dinastici. Verrà elevata nel XIX-XX sec., quando iniziano a penetrare i modelli occidentali, a vera ideologia di Stato.
- Struttura gerarchica: al vertice sta il **Mikado** e il **tenno** ("sovrano celeste"), che però vive appartato nel palazzo reale. Già nel sec. VIII inizia a indebolirsi la figura imperiale, si accendono le lotte tra clan, che durano fino al 1603, quando la famiglia dei Tokugawa conquista lo shogunato e lo conserva fino al 1867.

Giappone (2)

- Lo shogunato viene creato nel 1192: ogni capo militare capace di mantenere la pace avrebbe avuto diritto a tale titolo. **Si crea un'autorità (imperatore) senza potere (delegato allo shogun)**: scissione tra centro di legittimazione del potere e suo esercizio. L'imperatore si salva proprio perché: 1) delega i poteri; 2) è assistito dal mito shintoista quanto alla sua legittima ascendenza.
- I Tokugawa progressivamente emarginano l'imperatore e avviano un processo di sinizzazione: importano come ideologia ufficiale il confucianesimo.
- Minuziosa disciplina mediante codici etici della divisione in classi della società: guerrieri; contadini; artigiani e commercianti, con conseguente cristallizzazione della società medesima.
- **Sakoku** (Paese chiuso): solo il porto di Nagasaki vede apertura a commercio estero.
- L'isolamento che lo Shogun impone al Giappone (nessun giapponese può uscire, nessuno straniero – salvi i cinesi – può entrare) ha termine nel 1853 (trattati con USA, NL, UK, RUS). Opposizione molto forte, capeggiata dall'Imperatore, che spazza via lo shogunato. Inizia interesse per occidente: monarchia assoluta, esercito su modello europeo (**Dinastia Meiji che nel 1899 adotta la Costituzione**). Vi è anche una codificazione, con proteste per eccessiva europeizzazione del diritto. Poi codificazione di fine secolo (codice civile 1891). Dopo la II guerra influenza common law aumenta ruolo della giurisprudenza.
- Ma le riforme di fine Ottocento, hanno attecchito? I codici e le leggi europee sono liberali, individualiste, sono valori estranei a modello giapponese. Nonostante ciò, non vengono intaccati i valori e i vincoli sociali molto forti, anche gerarchici. Ha prevalso l'ostilità tipica del confucianesimo verso il diritto.