

g iurisdizione multiculturale

Il contesto e le sfide del caso britannico



Un po' di anni fa una pubblicazione di John A. Makdisi sull'origine islamica del *diritto comune*¹ ha alzato non poca polvere in un mondo accademico che, sovente, si diletta nella ricerca di possibili paternità, vere o presunte. Non si può negare, per umana natura, che l'incontro delle civiltà generi nuove forme di pensiero nonché una mutua influenza con tutta una serie di criticità e aspetti interessanti. In uno studio, precedente e oramai classico, Patricia Crone aveva messo in evidenza, non a caso, l'eredità del diritto romano e delle province imperiali nella formazione del diritto islamico.² Questi studi offrono, senza dubbio, alcuni stimoli positivi evidenziando – su base prettamente comparatistica – i processi evolutivi del diritto e dell'ermeneutica giuridica che, in contesti culturalmente lontani e partendo da postulati diversi, giungono a conclusioni simili e conciliabili.³

Lasciando agli esperti questo delicato compito, è un dato di fatto che i due sistemi si trovano attualmente in stretto contatto a causa di epocali migrazioni avvenute, in un primo momento, nel periodo della decolonizzazione e, successivamente, nell'alveo della globalizzazione. La demografia, inoltre, con tassi di natalità ampiamente favorevoli alle minoranze musulmane, presenta ulteriori spunti di riflessione nel quadro europeo e, nella fattispecie, britannico. Una certa *vulgata*, ricca di letteratura sociologica e di dati statistici, vede negli *ordinamenti giuri-*

dici delle minoranze una sorta di sistema legale parallelo⁴ e lo dipinge come una minaccia interna alla tradizione democratica liberale; da un altro punto di vista, la consolidata flessibilità dei sistemi di *common law* offre una certa apertura che, con tutti i suoi rischi di polarizzazione e di sottili incomprensioni, apre le porte della giurisprudenza alle richieste dei gruppi religiosi facendo breccia nel «modello assolutistico secolare» di matrice positivista.⁵

Il potere delle Corti islamiche

Gli occhi sono puntati, in primo luogo, sul celeberrimo *Arbitration Act* del 1996 che, partendo dall'ammirevole presupposto di snellire ulteriormente la mole dei contenziosi, si appella a una metodologia alternativa per la risoluzione delle controversie dando – in un modo che, secondo alcuni analisti, è fin troppo indefinito –, un potere eccessivo

in mano a individui e autorità intermedie come, in questo caso, alle Corti islamiche con una giustificazione *ope legis* della *sharia*⁶ sia per quanto concerne il diritto di famiglia sia, in una prospettiva futura, per la gestione delle fondazioni caritatevoli (*waqf*),⁷ con la loro crescente importanza nel campo economico e finanziario.⁸

Nelle maglie del diritto comune entra, quindi, prepotentemente il parere decisivo del *fiqh* (giurisprudenza islamica) secondo la sua sistematica differenziazione delle azioni in obbligatorie (*wājib*), vietate (*harām*), raccomandate (*mandūb*), disapprovate (*makrūh*) o indifferenti (*mūbah*).⁹ La valutazione del giudice religioso (*qādi*) – con il suo retroterra nelle differenti scuole giuridiche¹⁰ – s'innalza, pertanto non solo simbolicamente, quasi a *precedente giuridico*.¹¹ Come alcuni casi dimostrano, il confronto, a volte, non è facilmente digeribile nei termini e modi della tra-

dizione giuridica inglese. I nodi al pettine sono particolarmente evidenti in special modo per quanto riguarda il peso e il valore nelle testimonianze e nella successione ereditaria a netto discapito della controparte femminile.¹² Un simile trattamento discriminatorio vale, in linea di massima, per le cause e le procedure di divorzio e per l'assegnazione dei figli.¹³

In un articolo denso di suggestioni e richiami, Jean L. Cohen teme la proliferazione di un «*legal group-ism*» tanto indipendente quanto slegato dalle basilari norme insite nel diritto delle nazioni occidentali.¹⁴ La necessità improcrastinabile di dialogare con altre forme di esegesi e procedura pone la «giurisdizione multicultural»¹⁵ di fronte a sfide che non hanno a che fare solamente con l'assetto legale ma si segnalano per un carattere profondamente antropologico.¹⁶

Lo stato a un bivio

Laddove, infatti, i diritti acquisiti delle donne venissero messi in dubbio,¹⁷ si creerebbe un ulteriore sotto-

gruppo minoritario a cui andrebbero sommate, in un contesto di frammentazione sociale e fluidità culturale, tante altre minoranze nell'ampia cornice dell'evoluzione dei diritti civili. Ci si riferisce, tra l'altro, alla possibilità di apostasia senza alcuna pena aggiuntiva¹⁸ e alla libertà di espressione anche su temi di natura strettamente teologica senza essere intrappolati nei lacci tentacolari della blasfemia.¹⁹ Questi aspetti sono alla base stessa della giurisprudenza anglosassone e appare di fondamentale importanza una maggiore diffusione dei diritti fondamentali, con un'incessante opera educativa e informativa, che raggiunga tutti i soggetti, anche quelli che per difficoltà linguistiche o per altri motivi di carattere socio-culturale non hanno accesso a tale conoscenza.

Lo stato si trova di fronte a un bivio. Tra la proibizione *tout court* e la non-interferenza negli affari delle minoranze si presenta una gamma di alternative che hanno il sapore necessario del compromesso ma che, ad ogni modo, si giocano alla luce delle garanzie costitu-

zionali e in difesa delle libertà individuali.²⁰ Sebbene alle minoranze non sembri opportuno né tantomeno ragionevole doversi piegare alle norme altrui con il rischio di perdere la propria identità,²¹ si richiede un processo di avvicinamento che nell'ottica della «*transformative accomodation*»²² sappia accordare i diritti ai membri delle diverse comunità con una clausola di salvaguardia a favore dei soggetti più vulnerabili o, come brevemente accennato, delle «minoranze nelle minoranze».

Tale cammino di integrazione non è affatto semplice e la buona volontà si scontra con la diffidenza²³ e, a volte, con la pretesa di una superiorità morale in netto contrasto con il lassismo di certi costumi e la complessiva decadenza dell'Occidente.²⁴ Frutto di questo processo è la formazione di una «identità duale» tra cittadino e credente,²⁵ foriera di non poche frustrazioni e, molto spesso, causa di personale umiliazione in un contesto di pluralismo etico.²⁶

Giovanni Patriarca

¹ Cf. J.A. MAKDISI, «The Islamic Origins of the Common Law», in *North Caroline Law Review*, 77(1999) 5, 1635-1739.

² Cf. P. CRONE, *Roman, Provincial and Islamic Law. The Origins of Islamic Patronate*, Cambridge University Press, Cambridge 1987.

³ Cf. P. CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, Cavedash Publishing, London 1995.

⁴ Cf. J. AMES, F. GIBBS, «Sharia Wills: Do They Create A Parallel System of Legal Rights?», in *The Times* 27.3.2014, consultabile anche sul sito web www.thetimes.co.uk.

⁵ «Se una morale "laica" non può essere equa, ci troviamo a quanto pare in una trappola, costretti a scegliere tra due imperialismi parimenti inaccettabili. Da un lato, abbiamo un "laicismo unico e dominante" (Rotschild), un laicismo vero e proprio (fondamentalista), che, per come si è manifestato sul finire del XX secolo, è ostile a qualunque religione (Rossen-Owen). Dall'altro lato, abbiamo il "pericoloso trionfalismo (...) di quanti ritengono che la religione detenga il monopolio sulle questioni morali" (Phillips)». Così V. BADER, *Secularism or Democracy. Associational Governance of Religious Diversity*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2007, 105 (nostra traduzione).

⁶ L'epocale cambiamento prospettico è testimoniato dalla pubblicazione di un libello sulle metodologie giuridiche islamiche da parte della potentissima associazione di categoria degli avvocati inglesi: *Sharia Succession Law*, The Law Society, London 14.3.2014.

⁷ È interessante citare, a tale proposito, un articolo sulla presunta influenza delle fondazioni islamiche nello sviluppo dei trusts nella storia giuridica inglese: M.M. GAUDIOSI, «The Influence of the Islamic Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of the Merton

College», in *University of Pennsylvania Law Review*, 136(1988), 1231-1261.

⁸ Cf. M. FAHIM KHAN, M. PORZIO (a cura), *Islamic Banking and Finance in the European Union: A Challenge*, Elgar Publishing, Cheltenham 2010.

⁹ Cf. R. LEVY, *The Social Structure of Islam*, Cambridge University Press, Cambridge 1969, 150.

¹⁰ Cf. L. ROSEN, *The Justice of Islam. Comparative Perspective on Islamic Law and Society*, Oxford University Press, Oxford 2002.

¹¹ Cf. F. FREGOSI, «Usages sociaux de la référence à la charia chez les musulmans d'Europe», in B. DUPRET (a cura), *La Charia aujourd'hui : usages de la référence au droit islamique*, La Découverte, Paris 2012, 65-78.

¹² Cf. L. LAKHDAR, *Les femmes au miroir de l'orthodoxie islamique*, Edition de l'Aube, La Tour d'Aigues 2007.

¹³ Cf. A. EL-YAFI, *La condition privée de la femme dans le droit musulman*, Geuthner, Paris 2013.

¹⁴ Cf. J.L. COHEN, «The Politics and Risks of the New Legal Pluralism in the Domain of Intimacy», in *International Journal of Constitutional Law*, 10(2012) 2, 380-397.

¹⁵ Cf. A. SCHACHAR, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Right*, University of Cambridge, Cambridge 2001.

¹⁶ Cf. A. SCHACHAR, «Group Identity and Women's Rights in Family Law: The Perils of Multicultural Accommodation», in *The Journal of Political Philosophy*, 6(1998) 3, 285-305.

¹⁷ Cf. L. BABES, T. OUBROU, *Loi d'Allah, Loi des hommes. Liberté, égalité et femmes en Islam*. Albin Michel, Paris 2002, 315.

¹⁸ Cf. S. KHALIL SAMIR, *111 Questions on Islam. A Series of Interviews Conducted by G.*

Paolucci and C. Eid. Edited by W. Nasry, Ignatius Press, San Francisco 2008, 128.

¹⁹ Cf. P. MARSHALL, N. SHEA, *Silenced. How Apostasy and Blasphemy Codes Choking Freedom Worldwide*, Oxford University Press, Oxford 2011. Si consiglia in particolare la lettura della parte III, dal titolo significativo: «Globalization of Blasphemy» (pp. 173ss).

²⁰ Cf. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK. Minorities, Pluralism and the Law. Executive Summary*, The British Academy, London 2012, 3ss.

²¹ Cf. Ivi.

²² B. JACKSON, «Transformative Accommodation and Religious Law», in *Ecclesiastical Law Journal*, 11(2009) 2, 131-153.

²³ Cf. R. BETTINI, *Religione e Politica. L'ibridazione islamica*, Armando Editore, Roma 2013.

²⁴ «Dobbiamo guardare con prudenza alla vita in Occidente. Nel momento in cui cerchiamo di acquisire le loro conoscenze, le loro industrie, le loro tecniche e, in parte, le loro norme sociali, dovremo evitare l'imitazione di quei costumi, usi e norme che hanno portato agli occidentali tante disgrazie. Dovremo evitare ad esempio ad esempio di apportare modifiche al nostro Codice civile e ai nostri rapporti sociali per adeguarli alle leggi europee». Così M. MOTAHARI, *Les droits de la femme en Islam*, Les Editions Al-Buraq, Beirut 2000, 22 (nostra traduzione).

²⁵ Cf. J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford 2009. Ci si riferisce, in modo particolare, al capitolo intitolato: «Moral Attitudes to the Law» (pp. 233-276).

²⁶ Cf. T. RAMADAN, *Western Muslims and the Future of Islam*, Oxford University Press, Oxford 2004.