



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 2-2008
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

6



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno II - n. 2-2008
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Recensioni

F. CASTRO, *Il modello islamico*, a cura di Gian Maria Piccinelli, Giappichelli, Torino, 2007, pp. XVI - 222.

Questo volume di Francesco Castro, che fa parte della Collana *Sistemi giuridici comparati*, curata da Antonio Procida Mirabelli di Lauro, viene alla luce dopo la sua prematura scomparsa ed era, nelle sue intenzioni, destinato agli studenti. Prima di diventare islamista Castro aveva studiato diritto e agli studi sull'Islam, compiuti con Gabrieli, Bausani e D'Emilia, era stato indirizzato da Francesco Calasso. Piccinelli ricostruisce la carriera del suo maestro e l'insegnamento compiutosi nelle Università di Venezia, Perugia e Roma II, dedicato inizialmente al diritto musulmano classico, che poi pone in rapporto ai sistemi giuridici contemporanei, attraverso un'analisi di tipo storico-comparatistica, così come fa nel volume.

Per i giuristi occidentali risulta difficile comprendere il ruolo della *umma*, come comunità politica universale di tutti i musulmani, quale che sia la loro cittadinanza, della *shari'a*, le regole dettate da Dio in cui si sostanzia la tradizione, e dello stesso diritto divino, che è il presupposto di entrambe, ivi compresa la *siyàsa*, cioè la funzione politica di governo. Il diritto islamico è fondamentalmente consuetudinario, non positivo. Anche i diritti dei singoli Stati vengono presi in considerazione da Castro.

Nella prima parte del volume l'A. affronta il problema delle fonti. Il *fiqh* è "molto di più e molto di meno di quello che noi chiamiamo 'diritto': di più perché ricomprende le regole religiose e i precetti morali, di meno perché ne resta escluso il diritto pubblico. Nell'Islam tutti i diritti si riferiscono a Dio, per cui il diritto soggettivo trova spazio solo nei limiti posti oggettivamente da Dio. Anche

la *siyàsa* si basa sul vincolo religioso, e la *umma* che, sottolinea, è la comunità di tutti i credenti. Il presupposto divino è quindi vincolante. Il Corano è un codice di religione e di morale al servizio di Dio e per il bene dell'umanità. Al califfo spetta il compito di fare osservare la legge religiosa. Le fonti del diritto sono pertanto il Corano, la Sunna, l'*igma* (il consenso), e il *qiyàs* (l'analogia). Esse costituiscono le basi della giurisprudenza. Accanto a queste le regole rituali e quelle negoziali. Fuori del *fiqh* il diritto pubblico. Carattere principale del *fiqh* è la sacralità, per cui i suoi cultori sono stati sempre venerati come se amministrassero un credo religioso.

Castro ricorda le quattro scuole giuridiche anche oggi operanti: hanafita, medinese, sciafita e hanbalita. Le fonti del diritto sono, come si è detto, anch'esse quattro: Corano, la Sunna, l'*igma* e il *qiyàs*, che Castro tratta approfonditamente. In posizione subalterna la consuetudine che può essere generale, particolare o locale. Castro nota come in alcune regioni del mondo islamico – berbere e dell'Indonesia – la consuetudine abbia addirittura prevalso sulla *shari'a* per cui sottolinea l'importanza di questo diritto non scritto. Accanto alla consuetudine l'interpretazione dottrinale ha avuto un'importanza fondamentale, come la prassi e la giurisprudenza forense.

Anche se questa molteplicità di fonti può apparire confusa, essa costituisce per un operatore giuridico occidentale motivo positivo di stimolo più che di sorpresa. È evidente la diversità rispetto alla tradizione romanistica – che i musulmani non hanno – e il *common law* – che solo la consuetudine accomuna –.

Manca anche in diritto musulmano una dottrina delle persone giuridiche. Lo statuto personale ricomprende, oltre

le persone fisiche, la famiglia e il matrimonio, analizzati nel secondo capitolo. Capacità giuridica, appartenenza alla religione islamica, *status libertatis* e schiavitù, che sembrano un retaggio di un mondo passato. È singolare rilevare come l'apostasia faccia perdere la capacità giuridica, quindi non sia consentita; che la donna è considerata come la metà del maschio; che il matrimonio è di tipo poligamico, con assoluta supremazia dell'uomo, al punto che secondo gli *shafi'i* il matrimonio è stipulato tra l'uomo e il *wali* dal momento che la donna è considerata un semplice oggetto; così il pagamento del corrispettivo, *mahr*, da parte dell'uomo; e il fatto che sia vietato il matrimonio con gli idolatri, e quello della donna musulmana anche con gli appartenenti alle genti del Libro mentre l'uomo lo può fare; e che i rapporti con schiave siano considerati di mero concubinato, non essendo consentita la stipula di un matrimonio.

Brevi riferimenti alla tutela e curatela e alle successioni, in genere legittime non essendo conosciuto il testamento, né la diseredazione, né la rinuncia.

Nel terzo capitolo Castro analizza lo statuto reale, con particolare riferimento al *waqf*, immobilizzazione di beni come fondazioni pie o di famiglia, alle obbligazioni e ai contratti.

Il diritto penale e il processo sono trattati a parte, nel cap. IV. Le sanzioni sono: il taglione, le pene fissate dal Corano e quelle rimesse alla discrezionalità del giudice. Anche qui molte singolarità: tra i reati gravi, passibili anche di morte, la fornicazione, la calunnia di fornicazione, il furto, il brigantaggio, e il consumo di bevande alcoliche – considerato come delitto politico-religioso –. Tra questi ultimi anche l'apostasia è punibile con la morte. Il primo codice penale ottomano regolava solo i reati e le pene discrezionali, mentre quelli sottoposti a pena coranica venivano regolati dalla *shari'a*.

Il giudice, *qadì*, ha giurisdizione esclusiva sui musulmani. Singolare il fatto che i giudici impartiscano spesso

anche l'istruzione religiosa e che si occupino dell'edificazione spirituale della comunità, il che la dice lunga sui vincoli religiosi cui sono sottoposti. Essi agiscono in nome del califfo, sono nominati contrattualmente, ed hanno una giurisdizione generale (civile, penale, anche se limitata, e amministrativa). Giurisdizione *extra ordinem* è quella dei *mazàlim*, per riparare gli abusi. Il processo non è molto dissimile dal nostro.

Nella seconda parte del volume Castro tratta del diritto dei Paesi islamici e della dialettica, molto importante, tra *shari'a* e *siyàsa*, che spesso ha finito con il prevalere sulla prima. Il diritto si presenta come confessionale, personale, extrastatuale e in apparenza immutabile. Non è possibile in questa sede dare conto di un'analisi così particolareggiata che riguarda: l'impero ottomano, i Paesi del Maghreb, quelli sorti dallo smembramento dell'impero ottomano, l'Iran, i Paesi del Mashreq, il Maghreb indipendente, la penisola araba. Si può solo ricordare che la legge ottomana sulla famiglia del 1917 segna una svolta nel processo di laicizzazione del diritto musulmano, al pari delle prime codificazioni successive alla caduta dell'impero ottomano da parte di vari Paesi. Castro ricorda il regime delle capitolazioni, anche in Iran, che era rimasto estraneo al processo di laicizzazione che aveva caratterizzato le riforme legislative in Egitto.

I modelli di codificazione vengono trattati nel cap. VI. La recezione dei modelli stranieri su quello ottomano, egiziano, maghrebino e della penisola araba, sono molto interessanti anche per i riferimenti alla cultura giuridica italiana.

Chiude il lavoro tutta una serie di ritratti sugli autori delle riforme: Ahmad Gevalet Pascià (1822- 1885), giurista e statista ottomano; Muhammad Qadrì Pascià (1821-1888), giurista e statista egiziano; David Santillana (Tunisi 1885-Roma 1931), giurista; e 'Abd Al-Razzàq Ahmad al-Sauhùrì (1885-1971), giurista egiziano. Anche se inusuale in un testo

dedicato all'insegnamento – ma questo è molto di più – mi sembra opportuno, data la scarsa conoscenza che noi abbiamo su tali personaggi, saperne di più.

Il volume copre, dopo tanto tempo, un vuoto della nostra pubblicistica ed è sotto ogni verso apprezzabile per l'equilibrio e la misura dimostrata dal suo A., dalla cui dottrina non si può non apprendere. Molto opportuno anche il riferimento, oltre al diritto musulmano classico, a quello dei singoli Stati; è il taglio comparatistico che consente al giurista occidentale un utile confronto.

Mi sia consentito, infine, esprimere il mio personale rimpianto per l'amico prematuramente scomparso, la cui sensibilità, gentilezza e dolcezza rimarranno sempre indebilmente scolpite nel mio animo.

Mario Tedeschi

P. Di Marzio, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi con effetti civili*, Cedam, Padova, 2008, pp. 374.

Il matrimonio costituisce un tema classico del diritto ecclesiastico, che presenta ancora una grande vitalità e, soprattutto sul piano giurisprudenziale, appare in continua evoluzione.

Il volume di Di Marzio, che nasce dall'esigenza di svolgere una compiuta analisi della normativa sul matrimonio religioso ad effetti civili, senza tralasciarne gli aspetti più insidiosi e tenendo conto anche della disciplina del matrimonio dettata nelle intese (p. XV), è diviso in cinque capitoli, con un'appendice di testi normativi. Uno spazio privilegiato è dedicato al c.d. matrimonio concordatario, formula sintetica con la quale si usa riferirsi al matrimonio "contratto secondo le norme del diritto canonico e dotato di effetti civili a seguito della trascrizione" (p. 1).

L'analisi prende le mosse dalla nascita del matrimonio concordatario, introdotto attraverso i Patti Lateranensi. Nel quadro degli accordi del 1929, che

sancivano la definitiva soluzione della «questione romana», si ritenne di dover articolare una disciplina che consentisse di riconoscere effetti civili al matrimonio religioso, reso irrilevante per il diritto dello Stato dalle disposizioni del codice civile del 1865. Le norme concordatarie, che introdussero appunto il matrimonio canonico trascritto agli effetti civili, consentirono di creare quasi un'unificazione dello *status* di coniugato, in campo civile e canonico, grazie al meccanismo della trascrizione del matrimonio religioso e alla possibilità di riconoscere, in modo sostanzialmente automatico, le sentenze canoniche dichiarative della nullità del vincolo religioso.

L'introduzione del divorzio, in Italia, determinò una situazione di evidente contrasto tra la disciplina canonica e quella civile del matrimonio. Con la legge 898/1970, lo Stato tornava a rivendicare la propria esclusiva competenza nella regolamentazione del «matrimonio-rapporto» e alle rimostranze ecclesiastiche, volte a sottolineare che l'indissolubilità era una caratteristica essenziale del matrimonio canonico, reso efficace sul piano civile attraverso la trascrizione, si rispose con l'elegante quanto efficace formula della "cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio". La giurisprudenza della Corte costituzionale contribuì a sottolineare come "la legislazione concordataria avesse comportato il riconoscimento da parte dello Stato della competenza ecclesiastica a valutare la regolarità del matrimonio nel suo momento formativo, pertanto in riferimento al *matrimonio-atto*, mentre lo Stato sarebbe rimasto libero di disciplinare come avesse creduto opportuno il *matrimonio-rapporto*, anche consentendone lo scioglimento mediante il divorzio" (p. 8).

La divaricazione tra il matrimonio canonico e civile si è ampliata anche in conseguenza della riforma del diritto di famiglia, sicché la Corte costituzionale è più volte intervenuta sui problemi legati al riconoscimento civile del matrimonio canonico, finendo con l'anticipare alcune