

Diritti islamico, indù, orientale,
africano

Diritti religiosi comparati

- Ogni religione è tradizionalmente caratterizzata da un ordinamento giuridico che si è sviluppato congiuntamente al nucleo dogmatico che racchiude la religione medesima. Tali ordinamenti/diritti sono studiati dal **diritto comparato delle religioni**.
- In applicazione della comparazione in ambito giuridico, il diritto comparato delle religioni non si risolve in alcuno di essi – e la conoscenza dei singoli diritti religiosi è presupposto per poi ricercare analogie, differenze, ecc., fra le modalità attraverso cui i differenti “progetti di salvezza” eterna si sviluppano.
- Si tratta di diritti che trascendono sia i diritti secolari, sia le culture in cui si sono sviluppati. Ad eccezione della Chiesa cattolica, infatti, i diritti religiosi si sono evoluti in assenza di un assetto istituzionale centrale, di strutture organizzative simili a quelle degli Stati, di analoghi fattori di produzione del diritto (**la Chiesa ha pure il codice di diritto canonico**).
- Spesso si assume un atteggiamento eurocentrico: si ragiona assumendo, per gli altri diritti religiosi, i medesimi criteri e parametri che si sono venuti applicando in relazione alla centralità del diritto canonico nell’evoluzione europea.
- Ancora, il diritto religioso illumina e fa meglio capire il diritto dei Paesi a religione cristiana, islamica, ecc.

Gli studi di diritto comparato delle religioni

- Dopo una sostanziale indifferenza nel corso del XIX secolo, si assiste a un rinnovato interesse per i diritti religiosi e a un loro ruolo centrale nella scena pubblica:
 - 1) Si ha il **tramonto delle grandi ideologie secolari** (marxismo applicato anche in Paesi Arabi), un vuoto sovente riempito dalle religioni;
 - 2) Si ha la **globalizzazione dell'economia e la de-territorializzazione del fenomeno religioso**. La reazione è la ricerca della religione come collante nazionalistico (Balcani).
 - 3) Le **migrazioni** mutano la geografia religiosa e recidono il nesso che tradizionalmente lega comunità nazionali e fenomeni religiosi.
- Ne viene messa in discussione la tradizionale modalità di regolazione e composizione della differenza religiosa che è stata elaborata in Europa a partire dalle guerre religiose successive alla riforma protestante. Dopo gli stati confessionali (**cuius regio, eius et religio**) e l'espulsione delle minoranze religiose, si assiste alla neutralizzazione dell'impatto religioso nella vita pubblica e all'avvento dello stato liberale non confessionale (applicazione del c.d. **etsi Deus non daretur** di Ugo Grozio).

Religione e diritto

- Di solito ci si è occupati delle religioni sul piano teologico, raffrontando islam, ebraismo, cristianesimo, induismo, ecc., muovendo dalle **rivelazioni**. Tuttavia, il giurista si pone un altro interrogativo. Come consentire che le diverse verità convivano? Lo studio comparato delle religioni può essere utile.
- È il diritto prodotto dalle comunità religiose.
- È diritto assunto in senso ampio purché: a) si includano anche regole di comportamento (rituali) che non sono giuridiche per l'ordinamento dello stato; b) si escluda la distinzione tra etica religiosa e diritto tipica dei sistemi statali.
- La legge è divina perché derivata da Dio. **È oggetto di una rivelazione e non di una scoperta dell'intelletto umano: senza la rivelazione non è possibile comprendere la legge di Dio solo con la ragione.**

Alcuni caratteri

- **Sistema eteronomo:** il diritto proviene da un'autorità esterna e superiore all'uomo: Dio (islam, cristianesimo, ebraismo), o inerente all'ordine cosmico (induismo).
- **Fonti:** quella principale è costituita dalla volontà divina o dalle leggi dell'universo – questa è la più significativa differenza rispetto agli ordinamenti secolari.
- Si aprono a una dimensione trascendente. Il sistema giuridico si apre a un **al di là che è rilevante e decisivo per la vita terrena del fedele**. Ciò introduce nell'ordinamento giuridico religioso elementi non sconosciuti, ma spesso non rilevanti per il diritto secolare/statale (es. il canone 1752 del cod. dir. canonico: la salvezza delle anime, la norma suprema cui tutte le altre norme sono subordinate).
- **Immutabilità:** il diritto divino è posto da Dio o rispecchia l'ordine del cosmo. Non può essere modificato da alcuna autorità umana. **L'immutabilità è relativa:** detto diritto vive nella storia e deve misurarsi con le trasformazioni della società e la sua comprensione dipende da una serie di fattori mutevoli che ne consentono l'adattamento al mutare delle condizioni storiche.
- Nei diritti cristiano, ebraico e islamico, il potere di dettare la legge che governa la vita degli uomini è attribuito del Creatore, di Dio. Nei diritti orientali, si rinvia all'idea di ordine naturale delle cose entro cui si collocano e vanno valutati i comportamenti umani. Anche gli dei sono parte di detto ordine.

Diritto islamico

Raggruppa sistemi basati sulla religione islamica (abitanti per lo più musulmani): il diritto islamico non è il diritto dei Paesi musulmani.

- La Shari'a convive con regole laiche (amministrazione dello Stato, legislazione, ecc.: es., Turchia) e spesso è codificata. Sempre in Turchia, il codice civile segue il modello svizzero, quello penale l'italiano, quello di procedura penale il tedesco.
- Nelle ex-Repubbliche sovietiche (Tagikistan, Turkmenistan, Uzbekistan, ecc.): l'abbandono della forma di Stato socialista ha portato a una debole fedeltà alla Shar'ia.

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 struttura di governo del “califfato”, sollecitato dalla politica di Maometto: la comunità (**umma**) è governata da un Califfo che detiene il potere esecutivo. È un mandato di governo che viene conferito alla persona designata (elezione designazione del successore, presa del potere). È vicario e successore di Maometto e principe dei credenti (**amir**). **Conservano idea/traccia di questa struttura anche se non più effettiva: ciò ha mantenuto vivo nei secoli il concetto di Stato islamico.**

– 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). Il Diritto è interno alla religione.
- Vi è una parte teologica (**dogmi e precetti cui un musulmano deve credere**) e una precettiva (**shari'a: la strada da seguire**). Quest'ultima 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.
- Per il Corano (XLV, 18) anche Ebrei e Cristiani hanno la propria *shar'ia*: “A ognuno di voi abbiamo assegnato una regola e una via, mentre, se Iddio avesse voluto, avrebbe fatto di voi una comunità unica”.
- 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.
- Si distingue dal *fiqh*: scienza giuridica che studia la legge rivelata, la *shar'ia*. Mentre questa è posta da Dio, il *fiqh* è sempre riferito a un individuo, un dottore della legge. Legislatore supremo è solo Dio (e con lui Maometto), all'uomo rimane il *fiqh* che descrive e dichiara la *shar'ia*.

Il I secolo dell'egira

- Nel 622 d.C Maometto lascia La Mecca (egira) per Medina e compie così la sua missione profetica fondando la comunità dei credenti (*umma*).
- Con la morte di Maometto (632) la guida della comunità passa ai Califfi. I primi quattro completano la islamizzazione dell'Arabia e definiscono i valori coranici. Il terzo (Utman), in particolare, promuove la redazione scritta del Corano, sino ad allora affidato alla memoria dei credenti.
- Nel I secolo dell'egira si espande l'islam e si consuma una frattura insanabile. Già con la nomina del primo califfo, si preferisce Abu Bakr (della stessa tribù di Maometto) a suo cugino e genero, Alì. Tale contrapposizione si trasformerà in rottura. In ogni caso, prima che i seguaci di Alì (gli sciiti) si separino dai sunniti, il *fiqh* è determinato in ogni sua parte.

Rami e radici

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 e 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 pochi 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 come il Corano e la tradizione non possano essere usati da autorità politica per decisioni politiche. Elezione per parte della umma del successore di Maometto.
- Gli **sciiti** riconoscono la successione dopo il quarto califfo, Ali: 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 e così introdurre norme non previste. Non è vera fonte del diritto.

Rami (furu): partizioni del diritto degli ulema (dottori). I rami derivano dalle radici, comprendono alcune categorie riscontrabili anche nelle categorie del diritto occidentale (es. diritto pubblico, diritto penale, diritto processuale, parte del diritto civile).

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 soli Stati musulmani: nel 2011 sono stati qualificati «islamici» 55 Paesi, tutti dotati di proprie Costituzioni scritte (eccezioni: Arabia Saudita e Sultanato dell'Oman, hanno come Costituzione il testo ufficiale del Corano).
- 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 (wahbismo). 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.
- **Insieme di regole di comportamento, di istituzioni e concezioni elaborate entro le diverse tradizioni religiose e culturali parte dell'induismo.**
- Si fonda sul principio della personalità del diritto. **È il diritto degli indù: ha carattere personale e non territoriale. È osservato dagli indù in quanto appartenenti a una determinata comunità religiosa,** indipendentemente dalla 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.).**

Cosa implica l'induismo

- È il frutto di un processo culturale che ha costruito l'induismo come una religione unitaria. In realtà l'induismo abbraccia un fascio di tradizioni religiose autonome (jainisti, sikh e buddhisti).
- Anche i tre grandi elementi unificatori (Veda, caste, karma), non sono presenti in tutte le comunità che si qualificano indu.
- Non è il diritto dell'India, dove è applicato in negativo: **si applica in materia di statuto personale se non si è cristiano, ebreo, musulmano, parsi ed a chi non abbia provato di essere destinatario di un diritto diverso.**
- Storicamente era un sistema completo. Con le dominazioni ha subito integrazioni e oggi in India vede ridotta la sua portata. Ampie parti sono infatti di diritto statale (o di origine occidentale).

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)

- È 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.

ŚĀSTRAS (TESTI SACRI)

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

ŠĀSTRAS (TESTI SACRI) (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.

Diritto indù tradizionale

- Periodo vedico (1500-800 a. C.), classico (800 a. C. - 200 d.C.), postclassico (200-1100 d. C.): elaborazione delle regole tradizionali.
- **Le fonti e la riflessione teorica che ne accompagna la formazione sono ancora oggi parte del diritto indù.**
- **VEDA:** testi sacri che raccolgono una rivelazione che è orale. È la **totalità della conoscenza (Rgveda, Samaveda, Yajurveda e Atharvaveda)**. Sono l'UNICA forma di conoscenza del dharma
- **DHARMASASTRA E DHARMASUSTRAS:** ciò che è ricordato, sono la tradizione. Opere letterarie dal contenuto normativo. Opere umane che fondano la propria autorità sul Veda.

Il dharma

- Il *dharma* (o *dharmamula*) esiste a prescindere dalla volontà divina o umana.
- Nel 1500 circa ha inizio la redazione dei primi testi vedici. Il concetto centrale è il **Rta**, l'ordine cosmico che si manifesta nella regolarità dei cicli della natura, nell'alternanza tra giorno e notte, che sono elementi costanti e che vengono a essere trasmessi all'ordine sociale. Rete di relazioni tra microcosmo e macrocosmo. L'ordine va mantenuto dall'azione degli uomini.
- Il **dharma** (religione, legge, diritto, giustizia, dovere, prerogativa) è l'azione umana cui si riconnettono effetti sovrasensibili e che produce ordine. Diviene poi l'ordine stesso. Sono i doveri che l'uomo deve osservare per avere un comportamento corretto. Non distingue tra norme giuridiche, etiche e sociali.
- Ad essa si affianca il **kharma: teoria** della retribuzione delle azioni. L'azione vista dal lato delle conseguenze. Genera merito o demerito spirituale se è conforme o meno al dharma. L'azione conforme al dharma è doverosa e conserva il cosmo e l'ordine sociale.

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*, e diviene sempre più recessivo.

Verso l'India attuale

- Il problema era come amministrare il diritto indù e in quale misura applicare il diritto inglese. Il criterio individuato nel 1772 è detto **listed subjects**: i diritti indù e islamico si applicano allo statuto personale, al matrimonio e alle successioni.
- Gli inglesi incidono massicciamente nel sistema, anche codificando, come nel caso dell'**Indian Penal Code** del 1860, del *Caste disabilities removal act* del 1850.
- Con l'indipendenza dell'India (1947) l'Assemblea costituente (la costituzione è del 1950) avrebbe preferito un diritto civile uniforme perché rispettoso della laicità indiana, ma che avrebbe tuttavia potuto aumentare la conflittualità sociale. Il compromesso è l'art. 44 Cost.: "**The State shall endeavour to secure for the citizens a uniform civil code throughout the territory of India**".
- Dal 1955 si inizia a modificare il diritto indù:
 - 1) introducendo nuove regole,
 - 2) modificando e codificando quelle precedenti,
 - 3) generalizzando la portata di regole applicate solo a determinate aree territoriali e/o gruppi (esempio, il divieto di bigamia e il divorzio, ammesso questo solo per talune caste).
 - 4) approvando l'**Hindu Code**: sono quattro atti normativi, Hindu Marriage Act del 1955, Hindu Minority And Guardianship Act del 1956, Hindu Adoption And Maintenance Act del 1956, Hindu Succession Act del 1956.

Diritto africano (1)

- **Delimitazione geografica:** è il diritto dell'Africa come continente, comprensivo del Madagascar.
- **Ma l'Africa è una entità omogenea?** No: è molto scarsa l'omogeneità sociale, culturale, linguistica, ecc. Lo è pure quella giuridica. Vi è una notevole varietà di diritti; ma ciò non impedisce una trattazione comune.
- Senonché, la trattazione comune richiede di delimitare ulteriormente il diritto africano.
- **A sud del Sahara scorre una linea che va dalla costa della Mauritania a quella del Kenya.** A Nord sono presenti popolazioni che parlano **lingue afroasiatiche** (o **semito-camitiche: arabo amharico, tigrino, berbero, ecc.**) e praticano una **religione rivelata** (per lo più islam sunnita). A Sud di detta linea si parlano lingue **nigerkordofaniane, nilosahariane e khisane.**
- **La linea ha valenza linguistica, antropologica e giuridica.**

Il diritto africano è il diritto subsahariano

- **Perché? Perché a Nord** i caratteri culturali dominanti sono: 1) una organizzazione statale risalente (in Egitto già dai tempi dei Faraoni, in Sudan degli imperi meroitici; in Etiopia dell'impero axumita; nel Maghreb (Fenici, Romani); 2) ruolo delle religioni rivelate nel plasmare i rapporti stato-società.
- **In più, il diritto costituzionale e amministrativo** è europeizzante. Anche se spesso troviamo soluzioni diverse (europee, arabe, tradizionali, ecc.) per problemi analoghi, (es. poligamia, famiglia, proprietà fondiaria) non solo tra diversi Stati, ma spesso anche all'interno del medesimo!
- **Ancora: troveremo pezzi di ordinamenti diversi che, in un dato territorio, si spartiscono nicchie dell'ordinamento:** i modelli si possono combinare tra loro, distribuirsi geograficamente in aree diverse (Somali musulmani, Amhara cristiani, ecc.) o in una unica regione, comunità o famiglia. In Africa non vi sono solo stati studiabili diacronicamente ma possono anche accavallarsi contemporaneamente.
- Come si spartiscono queste nicchie? In ragione di quella che possiamo chiamare il regime di convivenza adottato in quel dato sistema.

Come studiare il diritto africano

- Con il metodo dell'analisi stratigrafica: questo perché è antistorico pensare che sia Africa solo quella anteriore al contatto con gli europei, i navigatori islamici, gli arabi conquistatori.
- Ogni cultura risulta da strati accumulatisi l'uno sull'altro: strato **tradizionale, religioso** (cristianesimo e islam), **europeo e coloniale** (diritto continentale, inglese, angloindiano degli anni 1815-1945), **dell'indipendenza**.

Diritto tradizionale (1)

- **La regola tradizionale non è una regola scritta.** È **orale**, e si estende a ogni ambito del diritto, dal processo alla decisione del giudice.
- La scienza giuridica (ammesso che esista) è trasmessa a voce. Ancora di più: manca proprio la verbalizzazione della stessa: **manca perciò anche un linguaggio giuridico**: la decisione si esprime mediante le forme di un proverbio allusivo sofisticato.
- **La traduzione delle regole non scritte prelude alla loro sclerotizzazione**: 1) scrivere le norme significa travasare le idee di popoli senza scrittura entro i filtri di mentalità altre, con rischio di alterazione. **Si surroga l'assenza di linguaggio giuridico con altro linguaggio molto sofisticato**; 2) Non si può codificare tutto: codificata la fattispecie, si perde il ruolo del potere carismatico e magico, la posizione sociale delle parti; 3) nulla impedisce alla regola non codificata di sopravvivere alla verbalizzazione.
- **Elementi magico-sacrali**: è diverso dire che sia un diritto divino. Il diritto divino è quello nordafricano: i Berberi presentano ancora elementi di derivazione magico-sacrale che di per sé sarebbero incompatibili con il diritto islamico. Il diritto tradizionale ha nella dimensione sacrale una sua dimensione. Infatti, la contrapposizione tra fede e sacro non porta all'elisione del secondo.

Diritto tradizionale (2)

- **Manca il giurista.** La composizione è amichevole e serve per rinsaldare la coesione del gruppo. **Giustizia: istituzione di pace.**
- Il potere è di solito allo stato diffuso (presso pigmei e boscimani). Nell'Africa centrale, invece, vi è stata la creazione di città poi inglobate in regni e imperi, spesso molto disarticolati: **non c'è un vero centro decisionale e le decisioni sono spesso assunte a livello periferico.**
- **Diritto e potere sono legittimati dal sacro:** il capo ha contatti con ultraterreni e per via soprannaturale diffonde sulla società vantaggi e benefici; sanzioni soprannaturali minacciano chi rifiuta obbedienza al capo.
- **La fonte non scritta (consuetudine) è connessa all'ordine mitico dell'universo, la sacralità degli antenati che vegliano sui viventi.** Si fonda su di una staticità nella visione del mondo, per cui ogni atto che modifica le situazioni acquisite (vendita, prescrizione) è vista con sfavore. Si concentra sui gruppi che sono fuori del tempo (sono composti da chi è era e sarà).
- **Ruolo dei morti e degli antenati:** hanno poteri sui vivi e sulle cose.
- Ciò che riguarda il gruppo è rilevante ad un tempo per i morti e per i vivi.

Diritto tradizionale (3)

- **Centralità dei rapporti familiari e degli status:** poco spazio all'individuo, alla nozione di diritto soggettivo. Il diritto legato alla posizione del singolo nel gruppo di appartenenza e 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.**
- Criterio ideologico: come comporre un conflitto quando un individuo è accusato di aver agito in modo contrario alla consuetudine? Le regole consuetudinarie danno la modalità di soluzione (organismo che deve porre fine al conflitto) più che la soluzione (regole di diritto sostanziale da applicare). **Il fine è l'amichevole composizione del conflitto per riconciliare le parti e assicurare l'armonia della comunità.**
- La terra è gestita dal gruppo. Non si può alienarla senza il consenso del gruppo. I diritti individuali di gestione sono limitati dal sacro e dalle esigenze del gruppo.
- Il Capo riceve la terra dall'antenato fondatore e gli uomini non possono disporne. Il Capo non ha potere politico.

Strato religioso

- Fino al VII secolo il Nord era cristiano con minoranze ebraiche: rimangono ora solo due comunità copte (Egitto ed Etiopia) e piccole comunità ebraiche.
- L'islam sunnita si diffonde nei Paesi del Sahara e dal secolo XI d.C. il sovrano musulmano (in Senegal, Ghana, Mali, Songhai) eredita il ruolo del Capo: la società si regge su parentele ed è ancora presente il potere magico sacrale.
- Una seconda ondata (XIV-XVIII sec. d.C.) di invasioni ha un impatto maggiore anche sul diritto e vede penetrare in ogni sfera il diritto islamico.
- In Africa orientale resiste solo la monarchia axumita cristiana copta etiope.
- Il Cristianesimo torna con i missionari europei.

Colonizzazione

- Inglesi: 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 ai 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, nel 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 siano 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 il 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 sec. 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" e ciò è un principio democratico: serve per legittimare i cambi di dinastia.**
- Declino tra 722-481 a.C. che vede sfaldarsi il modello legato a un potere per sistemi di clan, discendenze e gerarchie.
- 453-222 a.C.: 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 a 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 deposto 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 basato sul 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.