

Opere prime

1

Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo

*Questo volume è stato soggetto a referaggio anonimo
nell'ambito della collana, in conformità dei criteri DPCE*

LUCIANA DE GRAZIA

**FONTI DEL DIRITTO E FATTORE RELIGIOSO:
ASPETTI DI DIRITTO
COSTITUZIONALE COMPARATO
Israele, Iran, Città del Vaticano**

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright settembre 2013 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-539-0

Nel concludere questo libro desidero porgere i miei ringraziamenti all'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo ed alla Direzione Scientifica della Collana Opere Prime.

Un particolare ringraziamento ad Angelo Rinella, con cui è nata l'idea di questo libro e ad Eduardo Gianfrancesco, Laura Lorello e Giuseppe Verde per i preziosi consigli, il supporto e la fiducia dimostratami, di cui sono immensamente grata.

Desidero ringraziare Giuseppe Dalla Torre per la disponibilità avuta nei miei confronti, oltre che per gli approfondimenti suggeriti.

Grazie anche a Ludovica Conti per la cortesia dimostrata durante l'iter di approvazione di questo lavoro.

a Dario

INDICE

Abbreviazioni	XI
---------------	----

CAPITOLO I INTRODUZIONE

1. La pluralità delle fonti e la classificazione dei diritti religiosi	1
2. Il fattore religioso e la forma di Stato	5
3. Il campo di indagine e i profili metodologici	6
4. L'incorporazione del diritto statale nei diritti religiosi	11
4.a Il diritto ebraico	11
4.b Il diritto islamico	15
4.c Il diritto canonico	17

CAPITOLO II LA RILEVANZA DEL DIRITTO EBRAICO NEL SISTEMA DELLE FONTI DELL'ORDINAMENTO ISRAELIANO

1. Il sistema delle fonti normative dell'ordinamento israeliano	21
2. Le leggi fondamentali	25
3. Israele Stato ebraico e democratico	32
4. Il diritto religioso ebraico nel sistema normativo israeliano	45
4.a Il diritto religioso ebraico e i principi fondamentali della tradizione di Israele	45
4.b La riserva a favore del diritto religioso ebraico. Le corti religiose	48
4.c L'influenza del diritto religioso ebraico nella giurisdizione delle corti secolari e nella normativa legislativa	53
5. Le altre fonti religiose	59
6. Riflessioni conclusive	61

CAPITOLO III IL DIRITTO ISLAMICO NEL SISTEMA DELLE FONTI NORMATIVE DELL'ORDINAMENTO IRANIANO

1. Premessa	65
-------------	----

2. La Repubblica islamica iraniana: identità e religione	69
3. Il diritto islamico e la Costituzione iraniana: la supremazia della <i>Sbari'a</i>	72
4. Il diritto religioso islamico e il diritto di famiglia	75
5. La Costituzione iraniana	78
6. La sovranità popolare, la sovranità divina e l'esercizio della funzione legislativa	84
7. Il Consiglio dei Guardiani	88
7.a garante della conformità delle leggi ordinarie e della Costituzione ai precetti religiosi	89
7.b interprete della Costituzione	92
8. Riflessioni conclusive	93

CAPITOLO IV

L DIRITTO CANONICO NEL SISTEMA DELLE FONTI
DELL'ORDINAMENTO DELLA CITTA' DEL VATICANO

1. Premessa	97
2. Il sistema delle fonti dell'ordinamento vaticano	102
3. La legge sulle fonti n. LXXI del 1.10.2008	106
4. Le fonti suppletive	112
5. Il diritto divino	116
6. Riflessioni conclusive	121

CAPITOLO V

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

123

Bibliografia

141

ABBREVIAZIONI

AAS	<i>Acta Apostolicae Sedis</i>
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal and Comparative Law</i>
<i>Arab L. Q.</i>	<i>Arab Law Quaterly</i>
<i>Arch. Giur.</i>	<i>Archivio Giuridico</i>
<i>Ariz. J. Int'l & Comp. L.</i>	<i>Arizona Journal of International and Comparative Law</i>
<i>Berkeley J. Middle E. & Islamic L.</i>	<i>Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law</i>
<i>B.C. Int'l & Comp. L. Rev.</i>	<i>Boston College of International & Comparative Law Review</i>
<i>Cardozo L. Rev.</i>	<i>Cardozo Law Review</i>
<i>Cath. U. L. Rev.</i>	<i>Catholic University Law Review</i>
<i>Cass. Pen.</i>	<i>Cassazione penale</i>
<i>Chi. J. Int'l L.</i>	<i>Chicago Journal of International Law</i>
<i>Cornell Int'l L. J.</i>	<i>Cornell International Law Journal</i>
<i>Dig. Disc. Priv.</i>	<i>Digesto Discipline privatistiche</i>
<i>Dig. Disc. Pubbl.</i>	<i>Digesto Discipline pubblicistiche</i>
DPCE	<i>Diritto pubblico comparato ed europeo</i>
<i>Drake L. Rev.</i>	<i>Drake Law Review</i>
<i>Emory L.J.</i>	<i>Emory Law Journal</i>
<i>Emory Int'l L. Rev.</i>	<i>Emory International Law Review</i>
<i>Enc. Dir.</i>	<i>Enciclopedia del diritto</i>
<i>Enc. Giur.</i>	<i>Enciclopedia giuridica</i>
<i>Fordham Int.'l L. J.</i>	<i>Fordham International Law Journal</i>
<i>Foreign Aff.,</i>	<i>Foreign Affairs</i>
<i>Geo. Immigr. L.J.</i>	<i>Georgetown Immigration Law Journal</i>
<i>Giur. cost.</i>	<i>Giurisprudenza costituzionale</i>
<i>J. Church & St.</i>	<i>Journal of Church and State</i>
<i>J. L. & Rel.</i>	<i>Journal of Law and Religion</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Harv. Int'l L. J. Online</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>Hastings L.J.</i>	<i>Hastings Law Journal</i>
<i>Hastings Int'l & Comp. L. Rev.</i>	<i>Hastings International and Comparative Law Review</i>

<i>Ind Int'l & Comp. L. Rev.</i>	<i>Indiana International and Comparative Law Review</i>
<i>Indigenous L.J.</i>	<i>Indigenous Law Journal</i>
<i>Ind. J. Global Legal Stud.</i>	<i>Indiana Journal of Global Legal Studies</i>
<i>Ind Int'l & Comp. L. Rev</i>	<i>Indiana International and Comparative Law Review</i>
<i>Int'l.J. Const. L.</i>	<i>International Journal of Constitutional Law</i>
<i>Int'l. J. Group Rts.</i>	<i>International Journal on Group Rights</i>
<i>Isr. L. Rev.</i>	<i>Israel Law Review</i>
<i>J. Church & St.</i>	<i>Journal of Church and State</i>
<i>J.L. & Religion</i>	<i>Journal of Law and Religion</i>
<i>J. Pal. St.</i>	<i>Journal of Palestine Studies</i>
<i>Mich. J. Int'l L.</i>	<i>Michigan Journal of International Law</i>
<i>Miss. C.L. Rev.</i>	<i>Mississippi College Law Review</i>
<i>Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y</i>	<i>Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy</i>
<i>Nw. Univ. J. Int'l Hum. Rts</i>	<i>Northwestern University's Journal of International Human Rights</i>
<i>U.Pa. J. Const. L.</i>	<i>University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law</i>
<i>Pace Int'l. L. Rev.</i>	<i>Pace International Law Review</i>
<i>Quad. cost.</i>	<i>Quaderni costituzionali</i>
<i>Regent J. Int'l L.</i>	<i>Regent Journal of International Law</i>
<i>Rev. ir. dr. const.</i>	<i>Revue iranienne de droit constitutionnel</i>
<i>Riv. trim. dir. pubbl.</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto pubblico</i>
<i>Rutgers L. Rev.</i>	<i>Rutgers Law Review</i>
<i>St. Louis U.L.J.</i>	<i>St. Louis University Law Journal</i>
<i>Sw. L.J.</i>	<i>Southwestern Law Journal</i>
<i>Tex. L. Rev.</i>	<i>Texas Law Review</i>
<i>Wm. & Mary L. Rev.</i>	<i>William and Mary Law Review</i>

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La pluralità delle fonti e la classificazione dei diritti religiosi. – 2. Il fattore religioso e la forma di Stato. – 3. Il campo di indagine e i profili metodologici. – 4. L'incorporazione del diritto statale nei diritti religiosi. – 4.a Il diritto ebraico. – 4.b Il diritto islamico. – 4.c Il diritto canonico.

1. *La pluralità delle fonti e la classificazione dei diritti religiosi*

Nel mondo contemporaneo si assiste sempre più alla concorrenza, all'interno degli Stati, di diversi sistemi giuridici. Spesso, infatti, il diritto statale coesiste con altri diritti che affondano le radici nella religione o nella tradizione.

È vero che la definizione dei diritti religiosi come autonoma categoria di sistema giuridico è tutt'altro che pacifica, anche se è particolarmente vivace il dibattito in ordine ad una loro possibile classificazione, così come nel tempo è stato fatto per i sistemi giuridici secolari¹.

Gli studiosi di diritto comparato hanno dato una rilevanza marginale al riconoscimento e alla classificazione dei diritti religiosi, anche se attualmente si evidenzia una maggiore attenzione, tra i criteri scelti per operare la classificazione in famiglie giuridiche, al fattore religioso e tradizionale.

Se si esaminano infatti le classificazioni effettuate all'inizio del secolo scorso si nota come tra i diritti religiosi solo il diritto islamico è stato preso in considerazione come autonoma famiglia giuridica. Esmein², Levi Ulmann³, Arminjon, Nolde e

¹ Cfr. A. HUXLEY (a cura di), *Religion, Law and Tradition. Comparative Studies in Religious Law*, Routledge Curzon, London, 2002. In particolare cfr. B.S. JACKSON, *Judaism as a Religious Legal System*, *Ibidem*, pp. 34 ss., S. FERRARI, *Canon Law as a Religious Legal System*, *Ibidem*, pp. 49 ss., L. WELCHMAN, *Islamic Law: Stuck with the State*, *Ibidem*, pp. 61 ss.

² Cfr. A. ESMEIN, *Le droit comparé et l'enseignement du Droit*, in AA.VV., *Congrès international de Droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents*, vol. I, Lgdj, Paris, 1905-1907, pp. 445 ss.

³ Cfr. H. LÉVI-ULLMANN, *Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers*, in AA.VV., *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans*, Lgdj, Paris, 1922, vol. I, pp. 81 ss.

Wolff⁴ hanno attribuito un'autonoma rilevanza al gruppo del diritto islamico, pur utilizzando criteri diversi di raggruppamento basati rispettivamente sulla originalità dell'ordinamento giuridico e la sua storia, sul diverso valore delle fonti del diritto all'interno dell'ordinamento e, infine, sull'intrinseco contenuto del diritto tralasciando fattori non strettamente giuridici.

David, nel sottolineare come all'interno di uno stesso Stato possano concorrere sistemi diversi, ha osservato che alcune comunità non statuali hanno un diritto proprio quale il diritto canonico, il diritto musulmano, il diritto indù, il diritto ebraico. In particolare il diritto musulmano, indù ed ebraico sono raggruppati sotto l'etichetta "altri sistemi" insieme con il diritto dell'Estremo oriente e dell'Africa. Tale categoria, che viene riferita alle società non occidentali, è molto ampia e viene suddivisa in due ulteriori sottogruppi: quello dei diritti religiosi in cui si riconosce un valore eminente al diritto, ma lo si concepisce in modo differente rispetto alla cultura occidentale e quello in cui è al di fuori del diritto che si intende regolare i rapporti sociali, sistema proprio dell'Estremo oriente e dell'Africa⁵. Nell'ambito del primo sottogruppo il legame tra il diritto e la religione riflette un diverso modo di concepire il diritto, rimarcando il concetto di un diritto ideale cui si cerca di conformare la propria esistenza. Il punto di riferimento è il modello occidentale, il cui confronto evidenzia un diverso modo di approcciarsi allo studio del diritto. Mentre infatti studiando le società occidentali si pone l'attenzione sulle norme stabilite dal legislatore e applicate dai tribunali o si analizzano quelle effettivamente seguite nella pratica, in tali società il diritto ha un carattere frammentario e l'opinione generale considera diritto qualcosa di diverso dalle leggi, dalla giurisprudenza e dalle consuetudini. David include pertanto il diritto islamico e quello indù tra i grandi sistemi giuridici contemporanei e giustifica l'esclusione del diritto ebraico per la minore sfera di influenza che esercita⁶. All'interno di tale categoria non si fa riferimento al diritto canonico, richiamato nel delineare l'evoluzione della famiglia romano-germanica.

⁴ Cfr. P. ARMINJON, B. NOLDE, M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, vol. I, Lgdj, Paris, 1950-1952, pp. 47 ss.

⁵ Cfr. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 2004, pp. 16 ss.

⁶ Cfr. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi cit.*, pp. 24 ss.

Zweigert e Kötz, nell'utilizzare come criterio di classificazione lo stile degli ordinamenti giuridici⁷, hanno etichettato il diritto islamico e quello indù all'interno della categoria "gli ulteriori sistemi di diritto" rispetto a quello romanistico, germanico, anglo-americano, scandinavo e dei paesi socialisti. Non si fa menzione agli altri diritti religiosi, neanche quando si inserisce lo Stato israeliano tra gli ordinamenti di difficile classificazione e ci si sofferma sulla differente provenienza storica delle sue fonti, senza però fare alcun riferimento al diritto ebraico⁸.

Mattei e Monateri hanno invece elaborato un sistema classificatorio che pone l'attenzione sulla possibile contemporanea presenza, all'interno del medesimo ordinamento giuridico di diversi modelli di controllo sociale di tipo giuridico, politico o religioso e tradizionale, suggerendo l'analisi sulle relazioni reciproche. Il raggruppamento in famiglie giuridiche è effettuato a seconda del modello di controllo sociale che in esse svolge un ruolo egemonico, distinguendo la famiglia a egemonia professionale, a egemonia politica e a egemonia tradizionale. Sono collocati all'interno di quest'ultima famiglia gli ordinamenti in cui manca la separazione tra il diritto e la tradizione religiosa come il diritto dei paesi musulmani, il diritto indiano e degli altri paesi Indù, il diritto del lontano Oriente a tradizione confuciana, buddista, taoista ect.. In tali ordinamenti, infatti, un'importante sfera di rapporti giuridici è governata da regole di natura diversa, strettamente religiose nei sistemi musulmani e di natura tradizionale a matrice filosofica nei sistemi del lontano Oriente.

L'aspetto interessante è oltre la dinamicità della classificazione, che consente di evidenziare la circolazione dei modelli nel momento in cui in un ordinamento un modello di controllo sociale prevale su un altro determinando il cambiamento della famiglia di appartenenza, la posizione di uguaglianza che il diritto in senso occidentale assume rispetto agli altri: tutti i sistemi giuridici sono da considerarsi ugualmente importanti qualunque sia il modello egemonico al suo interno⁹.

⁷ Cfr. K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, Vol. I: principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 76 ss. Lo stile degli ordinamenti giuridici è definito in base all'origine storica e all'evoluzione di un ordinamento giuridico, al predominante e caratteristico modo di pensare dei giuristi, agli istituti giuridici particolarmente caratterizzanti, alle fonti del diritto, alla loro interpretazione e ai fattori ideologici.

⁸ Cfr. K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione cit.*, pp. 286 ss.

⁹ Cfr. U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, pp. 51 ss.

In base a tale classificazione il diritto ebraico e quello canonico sono inseriti all'interno della famiglia ad egemonia professionale, poiché pur riconoscendo la loro natura di diritti religiosi non si considera tale il sistema giuridico che li riconosce. Il diritto dei paesi musulmani è, invece, collocato nella famiglia ad egemonia tradizionale per l'esistenza di una ampia sfera di rapporti giuridici governati da regole di natura religiosa¹⁰.

Il riconoscimento di regole aventi diverse origini si collega con la riflessione diffusa in dottrina sul concetto di diritto da interpretare come fenomeno plurale, derivante dalla interazione di diverse fonti. Il dibattito sul pluralismo legale, in realtà va anche oltre, suggerendo l'idea di un diritto come fenomeno che è universale ma che si presenta in diversi modi e che muta a seconda degli specifici contesti socio-culturali. Menski sottolinea come il diritto derivi da diverse fonti, manifestazioni dello Stato, della società e della religione che interagiscono tra loro. Illustra la relazione tra le diverse fonti del diritto in una figura triangolare ai cui vertici pone lo Stato (positivismo), la religione e la morale (diritto naturale) e la società (approccio socio-legale) e sottolinea come spesso gli studiosi abbiano messo in primo piano il diritto statale tralasciando le altre fonti e sottostimando, di conseguenza, il potenziale derivante dalla coesistenza di vari sistemi normativi. Nel contestare il centralismo legale propone un modello plurale di comprensione del diritto che prenda in considerazione tutti e tre gli elementi prima indicati e le loro interazioni. Questo modello introduce il pluralismo legale come approccio metodologico, raffigurato come un triangolo più piccolo posto all'interno del precedente in modo da rappresentare le possibili situazioni conflittuali tra le fonti. Nel riconoscere l'esistenza di una molteplicità di interazioni tra i diritti dei diversi ordinamenti, che descrive come un cerchio inglobante le figure precedenti, evidenzia la problematicità in ordine all'interrogativo definitorio se alcune norme sociali o valori possano costituire diritto¹¹.

Secondo tale concezione sono molteplici le influenze che possono contribuire a determinare ciò che viene definito "diritto", giustificando l'attenzione sulle relazioni tra fonti diverse.

¹⁰ Cfr. U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione cit.*, 69, 73.

¹¹ Cfr. W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 184 ss.

2. Il fattore religioso e la forma di Stato

All'interno della dottrina italiana Pegoraro e Rinella propongono come criterio di classificazione degli ordinamenti contemporanei la forma di Stato, sottolineando l'analisi "delle dinamiche di rinvigorismento o marginalizzazione di caratteri tradizionali (religiosi e/o filosofici)". Distinguono nell'ambito dello Stato contemporaneo la categoria delle "altre forme di Stato estranee alla tradizione liberal-democratica" all'interno della quale si include quella caratterizzata dalla interposizione del fattore religioso nel rapporto tra l'autorità e la libertà. Nel caso di preminenza della sfera religiosa su quella civile l'autorità dello Stato ha la sua legittimazione nella fede religiosa e i precetti sono riconosciuti dall'ordinamento come idonei a produrre effetti giuridici¹².

Sulla base del rapporto tra lo Stato e la religione la dottrina straniera ha elaborato diverse classificazioni tendenti a rappresentare le molteplici modalità in cui si può realizzare la separazione o meno tra la sfera religiosa e lo Stato¹³. Hirschl ha distinto il modello caratterizzato

¹² Cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007, pp. 51ss..

¹³ Cfr. R. HIRSCHL, *The Rise of Constitutional Theocracy*, in 49 *Harv. Int'l L. J. Online*, 2008, 72 <http://harvardilj.org/online/145>. Peraltro all'interno di ogni categoria sono riscontrabili diverse caratteristiche. Nel modello di laicità, in cui sfera civile e religiosa sono posti su piani distinti, la libertà di religione è garantita come diritto individuale nell'ambito della sfera privata e la religione non gioca alcun ruolo significativo nella sfera pubblica. Ogni Stato che aspiri a tale separazione ha effettuato però scelte differenti per ottenere tale risultato. Negli Stati Uniti il Primo Emendamento vieta la determinazione di una religione di Stato e ogni impedimento alla libertà di religione. In generale la politica statunitense non promuove alcuna religione sebbene siano consentite agevolazioni fiscali nei confronti delle organizzazioni religiose o sia garantito, nel rispetto della *Free Exercise Clause*, l'uso dei simboli religiosi. Cfr. *Developments in the Law, Religion and the State*, in 100 *Harv. L. Rev.*, 1986-87, pp. 1606 ss.; C.M.A. MCCAULIFF, *Religion and the Secular State*, in 58 *Am. J. Comp. L.*, 2010, pp. 31 ss.. In Francia l'art. 1 Cost. definisce lo Stato come secolare e sancisce il principio di laicità e rispetto per tutti i credenti. La separazione con la sfera religiosa è percepibile anche dalla severità con cui è posto divieto di esposizione di simboli religiosi nella vita pubblica quali il velo islamico, il copricapo ebraico o il crocifisso cattolico (l. n.228 del 17.3.2004). Anche la Costituzione turca definisce lo Stato secolare (art. 2 Cost.), differentemente da quanto previsto nell'impero ottomano che si definiva come un califfato islamico. Nel caso *Sahin v. Turkey* (ECHR, 2007) la Corte europea dei diritti dell'uomo ha considerato legittimo il divieto turco sull'uso del velo islamico da parte di una studentessa nell'università pubblica in base al secolarismo professato dallo Stato. La Turchia però non considera in contrasto con il dichiarato carattere secolare conce-

dalla separazione tra Stato e religione, in cui la scelta secolare è stata fatta in seguito alla rinuncia di un riconoscimento prioritario alla religione (es. Turchia, Thailandia), da un modello in cui vi è una tenue forma di riconoscimento, quale la previsione di una religione di Stato anche se la religione non gioca un ruolo prevalente (es. Regno Unito, Grecia, Norvegia). Ha delineato poi il modello in cui si riconosce una particolare rilevanza della religione in alcune aree del diritto (es. Israele, India), un quarto in cui la maggior parte del diritto è religioso (es. Arabia Saudita, Dubai) e, infine, il modello in cui la relazione tra religione e Stato configura un sistema misto di diritto religioso e di principi legali generali, definito come teocrazia costituzionale (es. Iran, Afghanistan, Pakistan).

La molteplicità delle modalità relazionali tra lo Stato e la religione suggerisce un approfondimento per verificare se all'interno della categoria "altre forme di Stato estranee alla tradizione liberal-democratica" elaborata dalla dottrina italiana non sia possibile distinguere relazioni diverse tra le fonti religiose e quelle politiche.

3. Il campo di indagine e i profili metodologici

La ricerca si propone lo scopo di verificare come i precetti religiosi rilevano all'interno del sistema delle fonti normative di alcuni ordinamenti: Israele, la Repubblica islamica dell'Iran e la Città del Vaticano. Si tratta di ordinamenti caratterizzati da un particolare legame con la religione, tenuto conto delle finalità per cui sono stati costituiti e della rilevanza del fattore religioso all'interno della forma di Stato.

Israele si definisce come Stato ebraico già nella Dichiarazione di indipendenza del 1948 con cui si è costituito il nuovo Stato, richiamando tale definizione in diversi atti normativi. Il collegamento con la religione ebraica permea molteplici ambiti della sfera pubblica e della politica legislativa del paese, a cominciare dalle agevolazioni previste per il ritorno degli ebrei esuli nel territorio israeliano. Nonostante il forte legame con il fattore religioso, Israele non è uno stato teocratico, né la religione ebraica è definita come religione di Stato. Andando, pe-

dere sussidi o supervisionare le istituzioni religiose musulmane, giustificando il proprio coinvolgimento negli affari religiosi nell'interesse del secolarismo; cfr. J. GOODMAN, *Divine Judgment: Judicial Review of Religious Legal Systems in India and Israel*, in 32 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, pp. 477 ss.

rò, oltre le definizioni, è difficile tracciare una linea di demarcazione tra la sfera religiosa e quella civile, poiché da una parte l'elemento religioso costituisce parte essenziale dell'identità civile di tale ordinamento e dall'altra parte nell'ebraismo si ha una concezione della legge che rafforza la compenetrazione tra religione e diritto¹⁴.

Anche la Costituzione iraniana provvede a delineare l'ordinamento in termini religiosi definendo la repubblica "islamica", riconoscendo la religione sciita come religione di Stato e affermando la superiorità del diritto islamico. In tal modo realizza l'obiettivo voluto da Khomeini di costituire uno Stato caratterizzato dalla centralità del potere religioso e politico del *Rule of Jurist (Velayat-e Faqit)*. La scelta in ordine a questo ordinamento è stata fatta con la consapevolezza che, all'interno del mondo islamico, la corrente sciita professata nella Repubblica iraniana, costituisce una minoranza rispetto a quella maggioritaria sunnita. Il carattere divino della *leadership* nella concezione sciita porta a rafforzare, in mancanza del legittimo successore del Profeta, la figura dell'imam autorizzato a rappresentare la volontà divina. La conseguenza è proprio la particolare figura dell'*ayatollah* che gioca un ruolo esclusivo come fonte del diritto e intorno a cui ruota il sistema iraniano, che prevede altresì un sistema duale di fonti insieme politiche e religiose. Ovviamente l'esperienza iraniana non esaurisce la complessità caratterizzante il mondo islamico, ma costituisce, date le sue peculiarità, un interessante campo di indagine¹⁵.

La Città del Vaticano è stata costituita per servire ad indubbe esigenze religiose ed è l'unico ordinamento che richiama integralmente il diritto canonico come fonte normativa. L'esistenza di una struttura politico ecclesiastica con caratteri centralizzati e di un Pontefice che è al tempo stesso sovrano temporale, ha permesso di importare all'interno del diritto canonico logiche del diritto secolare, facilitando lo scambio

¹⁴ Cfr. E. DORFF, *Judaism as a Religious Legal System*, in 29 *Hastings L.J.*, 1977-1978; pp. 1331 ss.; S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, il Mulino, Bologna, 2002, 94. La legge nella religione ebraica manifesta la relazione tra Dio e il popolo ebraico, instaurata attraverso il patto del Sinai. La legge lega Dio ad Israele e adempiendo i precetti della *Torah* l'ebreo rende Dio presente nel mondo.

¹⁵ Sulla varietà e complessità degli ordinamenti islamici in cui è stato adottato un testo costituzionale cfr. N.J. BROWN, *Constitutions in a Nonconstitutional World. Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government*, State of University of New York Press, Albany, 2002.

tra i due diritti¹⁶. Questo ordinamento ha delle specificità che lo distinguono da tutti gli altri, eppure, tenuto conto della finalità della ricerca, ossia di determinare come le fonti religiose producano effetti giuridici nell'ordinamento statale, si è ritenuto di poter sorvolare sulle peculiarità, che poco incidono sul tema delle fonti, mentre indubbiamente pongono maggiori difficoltà nella definizione della forma di Stato.

Si è cercato, quindi, di evidenziare in che modo il diritto ebraico, musulmano e canonico producono effetti giuridici all'interno degli ordinamenti considerati e, di conseguenza, quale collocazione si possa loro attribuire nel sistema delle fonti normative, cercando di rispondere alla domanda se dal riconoscimento dei precetti religiosi come fonte giuridica deriva che lo Stato abbia sempre la sua legittimazione nella religione, se è sempre vero il collegamento tra il riconoscimento della giuridicità della fonte religiosa e il fondamento dello Stato nella religione. Una seconda indagine ha cercato di verificare se e in che modo, alternativamente o in via complementare alla precedente ipotesi, i diritti religiosi influenzino il sistema delle fonti quando non sono formalmente fonti giuridiche degli Stati.

La ricerca parte dalla considerazione della pluralità delle fonti di produzione, politiche e religiose, all'interno degli ordinamenti considerati per poi soffermarsi brevemente sull'organizzazione costituzionale, al fine di poter meglio evidenziare come gli organi costituzionali partecipino alla creazione del diritto. Si analizzerà l'interazione tra il diritto politico e quello religioso e in che modo si concilia la previsione di sistemi giudiziari religiosi e civili. Infine si verificheranno i rapporti tra fonti politiche e religiose, cercando di evidenziare i profili di problematicità inerenti a tale pluralismo normativo.

La scelta in ordine a queste tre religioni – cristiana, ebraica e musulmana – è stata dettata dal fatto che tutte traggono la loro legittimazione ultima dalla volontà divina. Il diritto ebraico, musulmano e canonico qualificano, infatti, la rivelazione divina come fonte del diritto. La dottrina comparatista definisce il diritto divino sulla base della sovrannaturalità dell'autorità che crea le norme e lo contrappone, nell'ambito delle forme di produzione del diritto, a quello politico la cui autorità deriva invece dal riconoscimento effettuato nei confronti

¹⁶ Cfr. S. FERRARI, *Lo spirito* cit., 85.

di alcuni soggetti previsti nell'ordinamento giuridico¹⁷. La presenza di fonti che hanno il loro fondamento in autorità così distinte pone la differenziazione all'interno dell'ordinamento tra la sovranità divina e le leggi approvate dal Parlamento eletto in base all'esercizio della sovranità popolare.

In particolare si specifica che, tecnicamente, la rivelazione divina crea diritto tramite la sua qualificazione come fonte del diritto operata dall'ordinamento giuridico e la recezione del diritto così prodotto all'interno dell'ordinamento. La ricerca si propone quindi di verificare se e come, nei tre ordinamenti presi in considerazione, sia stata effettuata tale qualificazione e in che modo sia avvenuta la recezione del diritto religioso all'interno degli ordinamenti giuridici¹⁸.

Il Ferrari ha evidenziato che nel diritto canonico sussiste un'importante elemento di differenziazione, rispetto al diritto ebraico e musulmano, nell'ambito del concetto di diritto divino. Questa peculiarità ha delle dirette ripercussioni nel rapporto con le fonti secolari. All'interno del diritto canonico si distingue, infatti, tra diritto divino positivo o rivelato, che riguarda il fedele, e il diritto divino naturale, che riguarda ogni persona umana, indipendentemente dalla sua fede religiosa. Questa differenza è molto importante: l'esistenza di un diritto naturale, anche esso di derivazione divina ma distinto dal diritto divino rivelato, permette di collocare in questo ambito la disciplina dei rapporti di natura secolare e l'organizzazione della società civile. Il diritto canonico ha quindi competenza nel disciplinare i rapporti religiosi e l'organizzazione della società ecclesiastica, lasciando spazio alla normativa secolare per l'organizzazione della società civile. All'interno invece del diritto ebraico e del diritto musulmano questa distinzione non sussiste. Di conseguenza questi diritti religiosi hanno regolato tutti i profili, anche quelli di natura civile, sulla base del diritto divino rivelato e delle norme che da esso derivano¹⁹.

Le contenute dimensioni del diritto canonico sono dovute anche ad altri fattori. Da una parte vi è stato il processo di secolarizzazione

¹⁷ Cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, 6; Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 307.

¹⁸ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistemi cit.*, 308.

¹⁹ Cfr. S. FERRARI, *Lo spirito cit.*, pp. 77 ss. Questa distinzione rileva anche ai fini della conoscenza del diritto divino. Infatti, mentre per il diritto ebraico e islamico non è necessaria l'intermediazione dell'uomo per conoscere il diritto divino, il diritto canonico richiede l'intervento del legislatore umano per ricavare dal diritto divino tutte le implicazioni

che, a partire dal Medioevo, ha sottratto alla Chiesa competenze che prima le erano riconosciute a vantaggio degli Stati. Dall'altra, si è realizzato il processo di separazione con la teologia morale. La Chiesa infatti a causa del monopolio degli Stati nazionali, all'inizio dell'età moderna, ha operato una riconversione per regolare i comportamenti non più sul piano del diritto ma su quello dell'etica, trasferendo la propria giurisdizione sul foro interno²⁰. Tutto ciò ha ridotto l'ambito del diritto canonico, sottraendogli la disciplina di molte dimensioni centrali dell'esistenza umana e relegando il suo campo all'ordine clericale e all'organizzazione ecclesiastica²¹.

La maggiore estensione del campo applicativo del diritto religioso ebraico e musulmano, rispetto a quello canonico, e la loro tendenza a disciplinare ogni aspetto della vita umana, rendono più difficile utilizzare un criterio di distinzione materiale con le fonti secolari²².

A ciò si aggiunge anche la circostanza che il cristianesimo riconosce un'alterità tra la sfera temporale e quello spirituale che non ricorre nelle altre due religioni. Il diritto ebraico riconosce le autorità secolari, che devono però trovare il proprio fondamento nel riconoscimento della supremazia della *Torah*²³. È quindi considerato illegittimo una prospettiva secolare come fondamento di uno Stato ebraico.

Il diritto islamico riconosce solo le norme prodotte secondo il sistema di fonti riconosciuto dalla legge religiosa, lascia ben poco spazio all'intervento secolare, anche se è affidata all'autorità politica la regolamentazione di numerose materie²⁴.

²⁰ Cfr. S. FERRARI, *Lo spirito* cit, pp. 81ss.

²¹ Sul processo che ha portato alla separazione tra la teologia morale, il diritto canonico e il diritto secolare cfr. C. DONAHUE, *Comment on R.H. Helmbolz, Conflicts Between Religious and Secular Law*, in 12 *Cardozo L. Rev.*, 1990-1991, pp. 729 ss.

²² Sul carattere omnicomprensivo del diritto islamico e sul campo applicativo del diritto ebraico cfr. S.I. STRONG, *Law and Religion in Israel and Iran: How the Integration of Secular and Spiritual Laws Affects Human Rights and the Potential for Violence*, in 19 *Mich. J. Int'l L.*, 1997-1998, pp. 109 ss.

²³ Cfr. I. ENGLARD, *Law and Religion in Israel*, in 35 *Am. J. Comp. L.*, 1987, pp. 188 ss.

²⁴ Cfr. F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, XI, 2001, 2.

4. *L'incorporazione del diritto statale nei diritti religiosi*

Le tre religioni hanno un diverso modo di regolare i rapporti con il diritto statale. Poiché nei successivi capitoli ci si soffermerà sulla relazione tra l'ordinamento statale e le fonti religiose dal punto di vista dello Stato, è sembrato importante in via preliminare esaminare, al contrario, come i diritti religiosi considerano e disciplinano i rapporti con quello statale.

4.a. *Il diritto ebraico*

La *Halachà*²⁵ è considerata come un *corpus* normativo completo che, tendenzialmente, regola tutti gli aspetti della vita umana. È descritto come un sistema permeabile, aperto al recepimento del diritto statale, nel rispetto della conformità ai valori ebraici²⁶. I rapporti con il diritto secolare sono regolati dal principio *halakhico* “*dina de-malkuta dina*”, la legge dello Stato è la legge, secondo cui in certe materie e nel rispetto di specifiche circostanze, le norme vigenti in uno Stato non ebraico si applicano anche agli ebrei che vi risiedono. In questo modo il diritto religioso ha permesso al popolo ebraico di essere governato dalle norme dello Stato di accoglienza, nel rispetto dei precetti religiosi. La dottrina concorda, infatti, nel ritenere come presupposto indefettibile per una legittima applicazione di tale principio la conformità del diritto statale ai principi espressi nella *Torah*²⁷, riservando al diritto ebraico alcune materie²⁸.

²⁵ Il termine *Halachà* è usato per riferirsi al diritto ebraico, sia civile che religioso. Negli ultimi due secoli si è chiamato diritto ebraico quella parte della *Halachà* che corrisponde alle materie considerate giuridiche nel mondo occidentale. Cfr. A.M. RABELLO, *Diritto ebraico*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, VI, 1995, 1.

²⁶ Cfr. J.I. ROTH, *Crossing the Bridge to Secular Law: Three Models of Incorporation*, in 12 *Cardozo L. Rev.*, 1990-1991, 764.

²⁷ Cfr. S. SHILO, *Equity as a Bridge Between Jewish and Secular Law*, in 12 *Cardozo L. Rev.*, 1990-1991; 737. J.I. ROTH, *Crossing the Bridge* cit., 764. Con il termine *Torah* ci si riferisce al diritto biblico, considerato in modo prevalente quello contenuto nei cinque libri del Pentateuco. In senso lato si utilizza tale termine per fare riferimento all'insegnamento ebraico dalla Bibbia fino ai nostri giorni; cfr. A.M. RABELLO, *Diritto* cit., 2.

²⁸ Cfr. A. KIRSCHENBAUM, J. TRAFIMOW, *The Sovereign Power of the State: a Proposed Theory of Accommodation in Jewish Law*, in 12 *Cardozo L. Rev.*, 1990-1991, 925. Il campo di applicazione del principio *dina de-malkuta dina* è limitato, tranne qualche eccezione, al diritto commerciale e tributario.

Sono stati elaborati diversi modelli in ordine al recepimento del diritto statale nell'ordinamento religioso. I tratti caratterizzanti tali modelli sono da una parte la centralità del controllo delle autorità religiose sul recepimento (verifica dell'ambito materiale, della conformità alla *Torah*)²⁹, dall'altra l'interazione tra i sistemi giuridici determinata dalle molteplici occasioni di integrazione sociale. In questo secondo caso l'incorporazione del diritto statale è ammessa non solo in caso di lacune nel sistema religioso, ma come scelta di trovare la soluzione della controversia al di fuori di questo³⁰. Diverse ragioni possono motivare la decisione di incorporare il diritto statale: cercare soluzioni normative solo all'interno delle fonti religiose può volere significare interpretare estensivamente antichi precedenti che non sono perfettamente adeguati per disciplinare controversie contemporanee. Inoltre, ragioni di economia spingono a cercare soluzioni normative nel sistema statale, se egualmente meritorio, piuttosto che sviluppare antichi precedenti. Infine, si considera la formazione culturale e giuridica delle contemporanee autorità religiose che hanno una maggiore conoscenza dei sistemi legali occidentali rispetto ai loro predecessori e quindi, più facilmente, sono portati a recepire la normativa statale. Sulla base di tali considerazioni l'incorporazione del diritto statale è vista come un avvicinamento dei due sistemi giuridici e non solo come una passiva inglobazione del diritto statale ad opera delle autorità religiose ebraiche. Di più, si sottolinea come, soprattutto nelle società occidentali, gli ebrei utilizzino istituti legali disciplinati nel diritto statale non previsti nel sistema religioso e di come le autorità religiose cerchino di trovare adeguate giustificazioni *halachiche* a tale utilizzo.

Il rapporto tra il diritto statale e religioso non è comunque considerato come paritario, poiché il diritto religioso è posto su un piano superiore rispetto al primo. Sulla base di tale presupposto sembra più corretto, invece che parlare di conflitto tra le leggi religiose e quelle statali, discutere in quale ambito il diritto ebraico, in conformità ai

²⁹ In particolare si raffigura la connessione tra il sistema secolare e quello religioso come un ponte che rappresenta i principi di eguaglianza e di equità. Il passaggio del diritto statale verso il diritto religioso avviene solo in un unico senso (non quindi il diritto religioso verso quello statale) e solo su "invito" da parte delle autorità religiose, previa verifica del rispetto dei principi di equità ed eguaglianza da parte della legge statale. Differentemente si distingue un secondo modello caratterizzato dalla interazione tra i sistemi giuridici secolare e religioso. Cfr. S. SHILO, *Equity as a Bridge* cit., pp. 737 ss.

³⁰ Cfr. J.I. ROTH, *Crossing the Bridge* cit., pp. 759 ss.

suoi principi, riconosca l'autorità dello Stato. Infatti, diversamente dai casi di conflitto tra leggi, in cui sono coinvolti elementi connessi ad ordinamenti diversi (la nazionalità delle parti, il luogo del contratto), nel rapporto tra il sistema giuridico statale e quello religioso il dubbio non è quale legge debba essere applicata, se quella del diritto statale o religiosa, poiché la questione può essere analizzata rispetto ad entrambi i sistemi normativi. Non c'è un conflitto per lo Stato che può, ovviamente, applicare la propria legge nei confronti dei propri cittadini o residenti; ma nemmeno per il diritto ebraico perché la sua applicabilità, non essendo un diritto territoriale, non dipende dal luogo né dalla cittadinanza, ma dal coinvolgimento del popolo ebraico. Non si tratta quindi di individuare la legge competente in relazione alla sussistenza di elementi connessi ad ordinamenti stranieri³¹.

Il principio *dina de-malkuta dina* non è quindi strumento per la risoluzione di conflitti tra leggi, ma è un principio di natura costituzionale espresso nel comandamento noachide che impone ai gentili di istituire e mantenere un ordinamento giuridico³². Da tale principio deriverebbe il fondamento del potere dello Stato di vincolare con le proprie leggi i cittadini³³.

L'applicazione del principio *dina de-malkuta dina* determinerebbe l'incorporazione del diritto statale all'interno dell'ordinamento ebraico, con le modalità di rinvio a fonti esterne frequentemente utilizzate dagli ordinamenti giuridici. A titolo esemplificativo, il diritto israeliano rinvia alla legge religiosa, incorporando la legge ebraica che disciplina

³¹ Cfr. C. POVARSKY, *Jewish Law v. the Law of the State: Theories of Accommodation*, in 12 *Cardozo L. Rev.*, 1990-1991, pp. 943 ss.

³² Nella Bibbia sono contenuti anche i sette precetti noachidi dati da Dio ad Adamo e Noè, che devono essere osservati da tutta l'umanità, che discende infatti da Adamo e Noè. Cfr. A.M. RABELLO, *Diritto* cit., 2.

³³ Cfr. C. POVARSKY, *Jewish Law* cit., 946. A sostegno della natura costituzionale del principio *dina de-malkuta dina* si richiama anche il principio secondo cui il popolo è soggetto ai comandi del re. Il principio deriverebbe dalle prerogative del sovrano descritte in I Samuele Cap. 8. Sebbene il passaggio si riferisca alle prerogative del sovrano ebreo, si sostiene che lo stesso debba applicarsi nei confronti dei sovrani non ebrei. La natura costituzionale del principio *dina de-malkuta dina* viene contrapposta alle teorie contrattualistiche che invece trovano il fondamento di tale regola nel tacito accordo degli ebrei in ordine all'applicabilità del diritto dello Stato di accoglienza. Sulle diverse teorie cfr. S. LAST STONE, *Sinaitic and Noahide Law: Legal Pluralism in Jewish Law*, in 12 *Cardozo L. Rev.*, 1990-1991, pp. 1157 ss. Sul fondamento del principio *dina de-malkuta dina* nel comandamento noachide vd. anche J.I. ROTH, *Crossing the Bridge* cit., 760.

il matrimonio e il divorzio tra ebrei all'interno del proprio ordinamento e, fino al 1980, ha incorporato nel sistema delle fonti anche il *common law* e l'*equity* del sistema britannico.

Il principio *dina de-malkuta dina* è usato anche nei rapporti con l'autorità secolare israeliana, giustificando in questo modo la legittimità del potere politico dello Stato³⁴. La dottrina ha fatto riferimento anche ad altre regole per giustificare l'accettazione dello Stato di Israele, richiamando il principio della legislazione comune, usato anch'esso per regolare i rapporti tra la comunità ebraica e le altre comunità. Il fondamento di tale principio si trova nella regola "i cittadini possono infliggere pene per la violazione delle loro norme" da cui si ricava il riconoscimento della facoltà alle autorità della comunità e ai suoi rappresentanti di emanare leggi (*Taqqanot haqahal*) per l'organizzazione della comunità. Mentre in base al principio *dina de-malkuta dina* la legislazione statale è riconosciuta dal diritto ebraico, con il principio della legislazione comune il diritto statale diventerebbe parte integrante dell'ordinamento ebraico. L'estensione dell'applicabilità delle norme israeliane nell'ordinamento ebraico sarebbe effettuato dai giuristi religiosi, che interpretano la *Halachà*, e dalle corti rabbiniche nelle loro decisioni. L'esperienza dimostra però come le autorità religiose non riconoscano valore vincolante alla legislazione israeliana in base al principio della legislazione comune, preferendo l'applicazione di tali norme statali attraverso il richiamo al principio *dina de-malkuta dina*. La differenza è, ovviamente, notevole determinando il primo principio il riconoscimento delle norme statali, mentre, in base al secondo, il diritto statale costituirebbe parte integrante del diritto ebraico³⁵.

Da quanto descritto si ricava come, nel sistema ebraico si riconosca l'alterità del sistema secolare, la cui legittimità dipende però dal diritto religioso, che ne definisce i limiti di riconoscimento³⁶.

³⁴ Cfr. C. KLEIN, *Stato, ebraismo e confessioni religiose in Israele*, in A. RICCARDI (a cura di), *Il Mediterraneo nel Novecento. Religioni e Stati*, San Paolo, Milano, 1994, pp. 122 ss.

³⁵ Cfr. E. SHOCHETMAN, *Israeli Law and Jewish Law – Interaction and Independence: a Commentary*, in 24 *Isr. L. Rev.* 1990, pp. 527 ss. Un'altra giustificazione viene trovata nella regola del *Piquach nefesh* (una vita umana è in pericolo). Essa permette di sospendere i divieti più gravi quando la vita di una persona è in pericolo. Da tale regola si dedurrebbe che l'esistenza dello Stato di Israele è basata sul *Piquach nefesh* in quanto contribuisce a salvare vite ebrei; cfr. C. KLEIN, *Stato cit.*, 124.

³⁶ Cfr. S. FERRARI, *Lo spirito cit.*, 252; C. POVARSKY, *Jewish Law cit.*, 942.

4.b Il diritto islamico

Secondo il sistema giuridico islamico tradizionale nessuna separazione sussiste tra l'autorità religiosa e quella politica, rappresentate entrambe, in origine, dal Profeta Maometto³⁷. L'idea di un'autorità secolare non distinta da quella religiosa è considerata come elemento costitutivo dell'identità di questo sistema, espresso nella tradizionale formula *al-islam din wa dawla*, l'Islam è religione e Stato³⁸.

Nel sistema islamico tradizionale non esiste, in teoria, alcuna possibilità di contrasto tra leggi religiose e secolari: la *Shari'a* è il diritto divino, universale, di carattere omnicomprensivo, custodito nel Corano e nella Sunna. Non esiste il concetto di diritto secolare nel senso di legge prodotta dal legislatore umano che potrebbe contrastare con i precetti islamici. Il legislatore può solo ricavare, tramite l'attività interpretativa, le norme contenute nel diritto divino. Non si nega, pertanto, l'esistenza di un potere legislativo, ma si rifiuta l'idea che questo possa eccedere l'autorità che l'Islam gli accorda³⁹. Di conseguenza non è stato elaborato all'interno di tale sistema, un modello di risoluzione di conflitti normativi⁴⁰.

Solo dalla fine del XIX secolo, con la crescente influenza dei modelli politici occidentali caratterizzati dal riconoscimento del moderno concetto di cittadinanza, della sovranità popolare, dei partiti politici e con la recezione dei modelli costituzionali si è posta la questione se il sistema giuridico islamico fosse compatibile con la previsione di autorità secolari. Le correnti musulmane più liberali hanno trovato giustificazioni all'importazione delle istituzioni politiche secolari nell'assenza e nella neutralità dell'Islam in ordine alla prescrizione di uno specifico modello di governo⁴¹.

³⁷ Sui criteri in ordine a chi dovesse svolgere il ruolo di guida politica e religiosa si è aperta, sin dalla successione del Profeta, una diatriba che ha portato alla nascita del movimento sunnita e di quello sciita, all'interno dei quali sono suddivisibili ulteriori scuole di pensiero. Si rinvia sull'argomento al Capitolo III.

³⁸ Cfr. A.E. MAYER, *Law and Religion in the Muslim Middle East*, in 35 *Am. J. Comp. L.*, 1987, 127.

³⁹ Cfr. M. F. AL-NABHAN, *The Islamic View of the Legislative Role of the State*, in 1 *Arab L. Q.*, 1985-1986, 557.

⁴⁰ Cfr. A.E. MAYER, *Islam and the State*, in 12 *Cardozo L. Rev.*, 1990-1991, pp. 1015 ss.

⁴¹ Cfr. M. ASAD, *The Principles of State and Government in Islam*, University of California Press, Berkeley, 1961, pp. 22 ss. I rapporti tra le fonti si descrivono sottoli-

Per placare le obiezioni delle correnti musulmane conservatrici che associavano l'occidentalizzazione delle istituzioni politiche con l'avanzamento del secolarismo, i governi dei nuovi Stati islamici⁴² hanno usato diversi espedienti, soprattutto di carattere simbolico, per affermare la superiorità dell'Islam al fine di accrescere la propria legittimità e di rafforzare il controllo sulla società. Dagli anni '70 numerosi Stati come l'Egitto, il Kuwait, gli Emirati Arabi Uniti, la Libia, il Pakistan, l'Iran, il Sudan, hanno promosso una campagna di riaffermazione della supremazia del diritto islamico. In realtà la dottrina evidenzia come molti Stati abbiano cercato di monopolizzare il controllo sulla dottrina islamica, piegandola al perseguimento di obiettivi politici e subordinando l'attività interpretativa degli ulema, esperti del diritto islamico, alle ambizioni governative. La formalizzazione dei principi islamici all'interno di codici e leggi ha determinato l'effetto di trasferire allo Stato il potere di enunciare il diritto islamico e quali dei suoi principi debbano essere applicati, subordinandolo di fatto alle necessità governative⁴³.

Si sono distinti diversi modelli di relazioni tra lo Stato moderno e la *Shari'a*. Il primo è il modello della separazione, in cui i musulmani possono disciplinare i loro affari privati in base al Corano e alla Sunna e lo Stato non è obbligato a emanare leggi in conformità con la *Shari'a*. Secondo questo modello, lo Stato può abrogare e modificare le prescrizioni della *Shari'a*. Tipico esempio è lo Stato turco. Il secondo modello si oppone decisamente al diritto islamico, vietandone il riconoscimento sia nella sfera pubblica che privata. A titolo esemplificativo, nell'area comunista, il governo sovietico si è opposto ad ogni forma di riconoscimento della *Shari'a*. Il terzo è il modello che prevede l'immedesimazione tra lo Stato e la *Shari'a*, dichiarando la supremazia del

neando il carattere universale e immutabile del diritto religioso islamico, non vincolato da confini nazionali o frontiere territoriali. Al contrario, il diritto secolare ha una validità circoscritta nel tempo e nello spazio, collegata ad un ambito specifico: ogni Stato ha, infatti, un proprio diritto che non è mai uguale ad un altro.

⁴² Il concetto di Stato islamico va differenziato da quello di Stato musulmano: quest'ultima definizione si riferisce ad uno Stato in cui la maggioranza della popolazione è di religione islamica; uno Stato islamico è uno Stato musulmano che riconosce la supremazia della *Shari'a*, cfr. L.A. KHAN, *Jurodynamics of Islamic Law*, in 61 *Rutgers L. Rev.*, 2008-2009, 233, nt. 7. Sulla distinzione tra Stato islamico e musulmano e sul fondamento della legittimità del primo vd. anche M. ASAD, *The Principles* cit., pp. 1 ss., pp. 34 ss.

⁴³ Cfr. A.E. MAYER, *Law and Religion* cit. 153.

diritto islamico e la necessaria conformità ad esso delle leggi dello Stato. Il diritto religioso informa, pertanto, ogni ambito della vita pubblica e privata e, sebbene siano previste garanzie per le minoranze religiose, l'Islam resta la religione dominante nello Stato⁴⁴.

Una completa separazione tra la *Shari'a* e il diritto statale si ritiene, però, insostenibile. Negli Stati musulmani la *Shari'a* permea la cultura ed è parte della vita ordinaria. Anche se il diritto statale può essere separato da quello religioso, raramente si sottrae del tutto alla *Shari'a*.

4.c Il diritto canonico

L'ordinamento canonico riconosce la distinzione tra l'ordine temporale e quello spirituale. Il fondamento di tale alterità, su cui si basa l'indipendenza e l'autonomia della Chiesa e dello Stato ciascuno nel proprio ambito, è l'episodio evangelico del tributo espresso nella perifrasi "date a Cesare quel che è di Cesare, a Dio quel che è di Dio"⁴⁵.

La distinzione tra Cesare e Dio è il punto di riferimento per inquadrare la società politica e la comunità ecclesiale nelle loro forme organizzative: lo Stato e la Chiesa. Dal riconoscimento dei due ordini – civile e religioso – discende una delimitazione di competenze, che delinea un sistema dualista, contrapposto a quello monista ebraico ed islamico, che si caratterizza invece per una piena compenetrazione tra l'elemento religioso e quello politico⁴⁶. La caratteristica dirompente della distinzione tra ciò che è di Cesare e ciò che è di Dio, cioè la distinzione tra Stato e Chiesa, legittima entrambe le autorità – secolare e religiosa – a regolamentare, nel proprio ambito, la vita umana, anche se nel tempo tale relazione ha assunto connotazioni diverse⁴⁷. Secondo

⁴⁴Cfr. L. A. KHAN, *Jurodynamics* cit., pp. 236 ss.

⁴⁵ Cfr. S. FERRARI, *Lo spirito* cit., 239e pp. 256 ss.

⁴⁶ Cfr. G. DALLA TORRE, *Dio e Cesare. Paradigmi cristiani nella modernità*, Città Nuova, Roma, 2008, 45; ID., *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, A.V.E., Roma, 1996, pp. 25 ss.

⁴⁷ Dalla distinzione della sfera civile e religiosa discende un diverso ambito di competenza: lo Stato è pertanto incompetente nel campo dello spirito e provvede sul piano temporale; la Chiesa si occupa della vita religiosa e soprannaturale. Sono permesse intromissioni della Chiesa nell'ordine temporale ogni volta che una decisione assunta dallo Stato leda diritti e doveri attinenti alla sfera religiosa. In questi casi di conflitto tra Stato e Chiesa, secondo la concezione canonista, la decisione ultima spetta alla Chiesa, in base al principio della sovraordinazione dello spirituale sul temporale. Questa concezione, nota come *potestas indirecta in temporalibus*, legittima ancora oggi l'intervento della Chiesa nelle materie temporali. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, "A Ce-

la concezione tradizionale della Chiesa, i due ordini sono ciascuno nel proprio ambito indipendenti e sovrani: lo Stato pertanto, riconoscendo la sua incompetenza in campo spirituale, non deriva il suo potere da nessun'altra autorità, neppure da Dio⁴⁸. L'affermazione dell'indipendenza e dell'autonomia della comunità politica è stata ribadita anche con il Concilio Vaticano II e trova conferma all'interno del nuovo codice di diritto canonico nelle norme che sanciscono l'apertura alla legislazione posta dall'autorità secolare⁴⁹.

I rapporti tra il diritto canonico e quello secolare si declinano secondo diverse modalità. L'ordinamento canonico, nel riconoscere l'esclusiva potestà del legislatore secolare in determinate materie, può rinviare alle norme poste dall'autorità secolare. Tali norme si configurano come precetti estranei all'ordinamento canonico, ma tramite il rinvio sono legittimati a regolare quelle specifiche materie che la Chiesa non ambisce a disciplinare. In questa ipotesi, pertanto, le norme secolari restano appartenenti ad un ordinamento esterno, cui si rinvia per il regime di rapporti giuridici in tutto o in parte non contemplati dal diritto canonico. La dottrina definisce tale rinvio come formale o non ricettizio.

Diverso è il fenomeno della canonizzazione, con cui si designa l'ipotesi in cui il legislatore canonico, invece di regolamentare autonomamente una materia di sua competenza, rimanda alle leggi dello Stato affinché siano applicate con gli stessi effetti anche nell'ordinamento canonico⁵⁰. Presupposto della canonizzazione, quindi, è la

sare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio". *Laicità dello Stato e libertà delle Chiese*, Vita e pensiero, Milano, 2007, pp. 6 ss.

⁴⁸ Su come conciliare tale affermazione con il principio "*omnis potestas a deo*", cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, "*A Cesare* cit.", pp. 10 ss. L'Autrice sottolinea che, secondo la concezione canonista, come tutto il creato, anche la necessità di una comunità politica risponde ad un disegno divino: il potere deriva in senso lato da Dio, ma mediante il popolo, poiché è in funzione del suo bene che l'esercizio del potere trova piena legittimazione.

⁴⁹ Sulla scelta di individuare nella comunità politica e non più nello Stato il soggetto con cui la Chiesa si rapporta, cfr. G. DALLA TORRE, *La città* cit., pp. 19 ss. Anche nella costituzione pastorale sulla Chiesa *Gaudium et spes* si fa riferimento alla "*communitas politica et Ecclesia*". L'Autore sottolinea la significatività del riferimento alla comunità politica, che comprende ma non si esaurisce in una specifica forma di organizzazione della società qual è lo Stato, soprattutto in un'epoca in cui tanto si discute del suo declino.

⁵⁰ Cfr. G. BONI, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 49 ss. Sull'ampio

competenza esclusiva della Chiesa sulla materia. In questo caso il richiamo effettuato dal legislatore canonico ha l'effetto di incorporare all'interno dell'ordinamento religioso le norme secolari, che pertanto perdono la loro estraneità e acquisiscono natura di norme canoniche.

La distinzione tra il rinvio alle leggi secolari e la canonizzazione assume una rilevante importanza anche ai fini dei diversi criteri interpretativi cui fare riferimento. Nel caso della canonizzazione, infatti, il rinvio è di tipo materiale, non limitandosi ad accogliere nell'ordinamento canonico le norme secolari cristallizzate in uno specifico enunciato, ma tenendo in considerazione tutte le evoluzioni, modificative o integrative cui la normativa secolare può essere oggetto nell'ordinamento di riferimento. Tali modifiche si ripercuotono nei precetti dell'ordinamento canonico, poiché il loro contenuto è modellato sul richiamo a quelli secolari. Vi è quindi un adeguamento continuo delle norme canoniche a quelle secolari. Va ribadito però che l'ordinamento canonico non effettua nessun trasferimento di competenza al legislatore secolare; risiede solo nella volontà del legislatore canonico che la fonte normativa secolare richiamata dalla norma canonizzante possa spiegare i suoi effetti nell'ordinamento giuridico canonico: il ricorso alla canonizzazione non sottrae all'autorità ecclesiastica la facoltà di disciplinare nuovamente la materia, derogando o abrogando la canonizzazione.

Dalle considerazioni svolte deriva, ai fini interpretativi, che l'attività ermeneutica resta sottoposta alle regole interpretative proprie dell'ordinamento di riferimento; di conseguenza l'attenzione dovrà essere rivolta ai formanti – giurisprudenziali, legislativi e dottrinali – dell'ordinamento secolare al fine di una corretta interpretazione della normativa canonizzata. Il legislatore canonico con la canonizzazione della normativa secolare intende, infatti, riferirsi a questa nel significato che le appartiene nell'ordinamento giuridico di riferimento⁵¹.

Anche per il diritto canonico si richiede la necessaria conformità delle leggi secolari al diritto divino: il canone 22 dell'attuale Codice di diritto canonico, nel disciplinare in generale ogni forma di rinvio ad altri ordinamenti giuridici, sancisce come necessaria la conformità del-

dibattito nella dottrina canonista in ordine all'ambito in cui può operare la canonizzazione cfr. pp. 107 ss. In particolare sulla canonizzazione e sulla differenza rispetto al rinvio, pp. 265 ss.

⁵¹ Cfr. G. BONI, *La rilevanza cit.*, pp. 163 ss.

le leggi secolari sia al diritto divino, naturale e positivo, sia al diritto canonico, scritto o consuetudinario⁵².

⁵² Cfr. G. BONI, *La rilevanza* cit., pp. 267 ss. Sui limiti derivanti dal contrasto con il diritto divino, pp. 279 ss. In particolare è interessante notare che il contrasto tra la legge secolare e il diritto divino deve sussistere al momento dell'attuazione della norma cui si fa rinvio e non basandosi su conflitti astratti o in linea di principio. Il diritto divino costituisce non solo il limite nei confronti del diritto umano che deve essere ad esso conforme, ma è anche il fondamento su cui si basa il diritto umano che è inteso come sviluppo e riproduzione del primo. In ordine all'ambito applicativo del canone 22 l'Autrice chiarisce che esso non attiene esclusivamente alla canonizzazione in senso stretto, come rilevato da numerosi commentatori del Codice canonico, ma riguarda ogni tipo di rinvio del diritto canonico ad altri ordinamenti, 22.

CAPITOLO SECONDO

LA RILEVANZA DEL DIRITTO EBRAICO NEL SISTEMA DELLE FONTI DELL'ORDINAMENTO ISRAELIANO

SOMMARIO: 1. Il sistema delle fonti normative dell'ordinamento israeliano. – 2. Le leggi fondamentali. – 3. Israele Stato ebraico e democratico. – 4. Il diritto religioso ebraico nel sistema normativo israeliano. – 4.a Il diritto religioso ebraico e i principi fondamentali della tradizione di Israele. – 4.b La riserva a favore del diritto religioso ebraico. Le corti religiose. – 4.c L'influenza del diritto religioso ebraico nella giurisdizione delle corti secolari e nella normativa legislativa. – 5. Le altre fonti religiose. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Il sistema delle fonti normative dell'ordinamento israeliano*

Lo Stato di Israele viene proclamato ufficialmente il 14 maggio 1948 in ottemperanza alla risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 181 (II) del 29 novembre 1947, con cui si è provveduto a destinare il territorio palestinese, fino a quel momento sottoposto a mandato britannico, alla costituzione di due Stati, uno arabo, l'altro ebraico.

L'amministrazione mandataria britannica, anche se esercitata solo per un trentennio, ha notevolmente influenzato l'organizzazione del riparto verticale del potere¹ e la forma di governo² dell'ordinamento

¹ Lo Stato israeliano è fortemente centralizzato: è infatti del tutto assente, come è stato per secoli per il Regno Unito, un'articolazione intermedia tra le istituzioni del governo centrale e le amministrazioni locali. La struttura locale di governo è rimasta quella definita durante il mandato britannico con la suddivisione del territorio in autorità locali, obbligate ad operare nel rispetto del principio di legalità; S. NAVOT, *Constitutional Law of Israel*, Kluwer Law International, London, 2007, 183.

² È indubbia la matrice britannica anche nella scelta della forma di governo parlamentare, sebbene nell'ordinamento israeliano l'esasperato multipartitismo, agevolato anche da un sistema elettorale di tipo proporzionale, non ha determinato la realizzazione di un parlamentarismo maggioritario o a prevalenza del Governo. La legge fondamentale sul Governo (2001), entrata in vigore nel 2003, ha introdotto l'attuale forma di governo parlamentare razionalizzata. Prima di tale legge si sono succedute due diverse fasi istituzionali: la prima è definita parlamentare classica secondo il modello di *Westminster* (1948-1996). La seconda, introdotta con la legge fondamentale sul Governo (1992) e durata fino al 2003, ha previsto l'elezione diretta del Primo Ministro

israeliano. Anche il sistema delle fonti normative riflette l'influenza delle varie presenze di governanti succedutesi nel corso del tempo nel territorio in cui si è costituito lo Stato di Israele³. Si tratta, infatti, di un

contestualmente all'elezione dei rappresentanti del Parlamento. L'obiettivo della riforma è stato di rendere più stabile l'esecutivo, spesso incapace di governare per la frammentazione partitica che da sempre caratterizza il sistema politico israeliano. In realtà il cambiamento della forma di governo non è riuscita nell'intento, anche perché si erano previste una serie di deroghe al principio dell'elezione contestuale del Parlamento e del Primo Ministro: si stabilivano infatti otto diverse ipotesi in cui si sarebbe potuto procedere ad elezioni speciali del solo Primo Ministro e non anche del Parlamento (cfr. artt. 15, 23, 24, 26, 27, 28, 30, 34 della Legge fondamentale sul Governo, 1992). Inoltre pur godendo della legittimazione popolare il Primo Ministro doveva ricevere la fiducia da parte del Parlamento, art.14A della legge fondamentale sul Governo (1992); cfr. M. VOLPI, *Libertà ed autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Giappichelli, Torino, 2000, 121. Per un approfondimento in ordine alla forma di governo israeliana si veda E. OTTOLENGHI, *La forma di governo*, in T. GROPPI, E. OTTOLENGHI, A.M. RABELLO (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 92 ss.. L'attuale legge fondamentale sul Governo introduce nuovi meccanismi di razionalizzazione rispetto alla forma di governo parlamentare "classica", che ha caratterizzato la prima fase istituzionale dello Stato israeliano, conservando alcuni elementi della riforma "neoparlamentare" del 1992 quale la sfiducia costruttiva e lo scioglimento anticipato del Parlamento da parte del Primo Ministro.

³ Sull'influenza ottomana, continentale e britannica nel sistema giuridico israeliano cfr. Y. SHACHAR, *History*, in A. SHAPIRA, K.C. DE WITT-ARAR (a cura di), *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International, London, 1995, pp. 1 ss.; E. OTTOLENGHI, *Profili storici*, in T. GROPPI, E. OTTOLENGHI, A.M. RABELLO (a cura di), *Il sistema* cit., pp. 1 ss. Il territorio del nuovo Stato israeliano è stato governato dall'Impero ottomano per oltre quattrocento anni, fino alla conquista da parte delle truppe britanniche nel 1917. Il mandato britannico è durato per trenta anni. In particolare si ritrovano fonti di diritto francese, soprattutto nell'uso dei codici, derivante dall'influenza che questo ha avuto nella legislazione ottomana. Dalla metà del XIX secolo il diritto turco viene infatti rinnovato secondo le influenze continentali francesi. Rimane fondamentale l'applicazione del diritto turco nel campo della proprietà fondiaria, mentre lo statuto personale viene regolato dalla comunità religiosa di appartenenza. La successiva legislazione mandataria britannica ha soppresso gran parte di queste fonti, lasciando inalterate solo le norme del diritto fondiario turco e gli statuti personali. Le lacune normative del sistema venivano colmate con l'applicazione del *common law* e dell'*equity* in forza nel Regno Unito. In seguito alla costituzione dello Stato di Israele, in un primo tempo, è rimasto forte il riferimento al modello inglese, per poi lasciare sempre più spazio a influenze diverse. Cfr. R. SACCO, *Diritti stranieri e sistemi di diritto contemporaneo*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, XI, 1989, pp. 9 ss. Sulle diverse fonti nel periodo pre-statale cfr. S. BALDIN, *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, in S. BALDIN (a cura di), *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, E.U.T., Trieste, 2005, pp. 94 ss. Sul sistema delle fonti

sistema misto⁴, in cui si trovano elementi delle famiglie giuridiche sia di *civil law* sia di *common law*.

Il fondamento delle caratteristiche del sistema delle fonti dell'ordinamento israeliano si ritrova in due diversi atti normativi: l'art. 46 del *Palestine Order in Council* del 1922 e l'art. 1 della *Foundations of Law Act*, 1980⁵.

L'art. 46 del *Palestine Order in Council* ha sancito il principio della supremazia della legge, prevedendo, in caso di lacune, la possibilità di trovare una soluzione normativa nel *common law* e nell'*equity* validi nel Regno Unito. Conseguenza di tale disposizione è stata la ricezione del diritto anglosassone attraverso il *case law*, a svantaggio della normativa ottomana ancora vigente. Dopo la costituzione dello Stato israeliano si è provveduto ad emanare l'art. 11 della *Law and Administration Ordinance* del 1948, che ha previsto che il diritto del nuovo Stato di Israele sarebbe stato costituito dalle leggi che esistevano in Palestina al giorno della Dichiarazione di indipendenza, soggette a quelle modifiche che il nuovo Stato e le sue autorità avrebbero ritenuto opportune. Si è disposto, pertanto, la vigenza del diritto ottomano e del diritto mandatario britannico non contrastanti con i principi indicati nell'ordinanza stessa.

La *Foundations of Law Act*, 1980, attualmente in vigore, prevede all'art. 1 la legge come fonte normativa primaria dell'ordinamento israeliano, stabilendo che nel caso in cui i giudici, dovendo pronunciarsi con sentenza su una questione giuridica, non rivengano alcun riscontro nella legislazione vigente o nei precedenti giudiziari o per

nell'ordinamento israeliano si consenta il rinvio a L. DE GRAZIA, *Il sistema delle fonti normative nell'ordinamento israeliano*, in *DPCE*, 2009, 1, pp. 426 ss.

⁴ Sulla nozione di sistema misto, in particolare sul sistema israeliano cfr. R. SACCO, *Diritti cit.*, 9; S. Colombo, *Israele*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., X, Utet, Torino, 1993, 201; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998, 90; A.M. RABELLO, *Toward the Codification of Israeli Private Law: Several Aspects in a Comparative Perspective*, in A.E. KELLERMANN, K. SIEHR, T. EINHORN, *Israel among the Nations*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, 307; P. LERNER, A.M. RABELLO, *The (Re) Codification of Israeli Private Law: Support for, and Criticism of, the Israeli Draft Civil Law Code*, in *59 Am.J.Comp.L.* 2011, 763.

⁵ Cfr. A. ZYBLAT, *The System of Government*, in I. ZAMIR, A. ZYBLAT, *Public Law in Israel*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 2. Sul rapporto tra i due atti normativi cfr. Y. SHACHAR, *History*, cit., 7; A. MAOZ, *The Institutional Organization of the Israeli Legal System* in A. Shapira, K.C. DE WITT-ARAR (a cura di), *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International, the Hague, 1995, 14.

analogia, dovranno deliberare in base ai principi di libertà, giustizia, equità e pace della tradizione di Israele⁶. Il sistema delle fonti normative israeliano prevede, quindi, un ruolo primario per la legge⁷, ma fa esplicito riferimento anche ai precedenti giudiziari⁸,

⁶ Cfr. Y. SHACHAR, *History* cit., 7.

⁷ Si distingue la legislazione primaria, la legislazione secondaria, che comprende la normativa di dettaglio (cfr. I. ZAMIR, *Administrative Law*, in I. ZAMIR, A. ZYSBLAT, *Public* cit., 19; Z. SEGAL, *Administrative Law*, in A. SHAPIRA, K.C. DE WITT-ARAR (a cura di), *Introduction* cit., 53) e la legislazione di emergenza. I *defense regulations for times of emergency* sono atti normativi emanati dal Governo ai quali viene riconosciuta la forza di modificare le leggi ordinarie, sospenderne temporaneamente gli effetti, prevedere eccezioni, imporre nuovi obblighi compresi quelli di natura fiscale. Costituiscono, pertanto, un'eccezione nel sistema delle fonti alla regola generale che solo una legge della *Knesset* può modificarne una precedente. Presupposto per l'emanazione delle *emergency regulations* è la dichiarazione dello stato di emergenza da parte della *Knesset*: la dichiarazione ha un effetto temporale di un anno, con la possibilità di essere reiterata. Questa dichiarazione è stata fatta al momento della costituzione dello Stato di Israele, è rinnovata annualmente dalla *Knesset* ed è tuttora in vigore. Esistono due limiti concernenti tali atti normativi: uno di carattere temporale, l'altro di carattere teleologico. Le *regulations*, infatti, hanno un'efficacia temporale limitata di tre mesi dalla loro emanazione a meno che la *Knesset* non ne prolunghi la validità o le revochi prima della scadenza tramite l'approvazione di un'apposita legge. L'art. 39 della legge fondamentale sul Governo prevede inoltre che le *emergency regulations* siano emanate per garantire la difesa dello Stato, la pubblica sicurezza, il mantenimento dei servizi essenziali e che non possano ostacolare il ricorso all'autorità giudiziaria, prescrivere pene retroattive o autorizzare violazioni della dignità umana. Da un esame della giurisprudenza della Corte suprema si notano differenze nel corso del tempo in ordine al campo di azione della normativa di emergenza. In passato, infatti, si è accettata l'idea che le autorità governative potessero emanare tali atti in tutti gli ambiti, non necessariamente collegati con le materie connesse allo stato di emergenza. La Corte suprema ha poi cambiato orientamento sancendo che le *regulations* che non si limitano alle materie riguardanti lo stato di emergenza sono annullabili: si è pertanto provveduto a dichiarare invalide le normative di emergenza che perseguivano obiettivi che potevano essere ugualmente raggiunti con l'utilizzo della legislazione ordinaria. Cfr. A. MAOZ, *The Institutional* cit., pp. 23 ss; S. NAVOT, *Constitutional*, cit., pp. 295 ss.

⁸ I precedenti giudiziari hanno svolto un ruolo importante nel sistema delle fonti dell'ordinamento israeliano sin dal periodo mandatario britannico ed hanno contribuito in modo determinante allo sviluppo della cultura legale israeliana, soprattutto in merito alla formazione culturale dei giuristi. Al riguardo cfr. A.M. RABELLO, *Costituzione* cit., 64. Il principio dello *stare decisis* trova il suo fondamento normativo nell'art. 20 della legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario, in cui si stabilisce l'effetto vincolante verticale delle decisioni della Corte suprema. Il sistema giudiziario israeliano è diviso in due principali categorie. La prima comprende le "*general courts of law*", che svolgono una giurisdizione di carattere generale e residuale rispetto alle altre giurisdizioni. La maggior parte delle controversie civili e penali sono decise da queste corti.

all'analogia e ai principi fondamentali della tradizione di Israele.

2. Le leggi fondamentali

Il sistema giuridico israeliano non ha una Costituzione unitestuale⁹. Esistono delle fonti normative, le leggi fondamentali (*Basic Laws*), emanate nel corso degli anni a cui si è nel tempo riconosciuto un valore gerarchicamente superiore rispetto alle leggi ordinarie, con la previsione, dal 1995, di un sistema di controllo di costituzionalità.

Va sottolineato, al fine di cogliere le peculiarità di tale sistema normativo, che nella Dichiarazione di Indipendenza¹⁰, in cui si proclamava la nascita del nuovo Stato israeliano, si era prevista, tra l'altro, l'elezione di un'Assemblea costituente che avrebbe dovuto redigere la nuova Costituzione dello Stato¹¹. In seguito all'elezione dell'Assemblea costituente i poteri legislativi del nuovo Stato israeliano, fino ad allora esercitati dal *Provisional Council of State*¹², supremo organo del nuovo

Si dividono a loro volta in *Magistrates courts* (generalmente primo grado), *Districts courts* (generalmente secondo grado) e la Corte suprema (secondo o terzo grado). La seconda categoria comprende i tribunali e altre autorità investite del potere giudiziario aventi una limitata giurisdizione per specifiche materie, come le corti religiose, i tribunali del lavoro, i tribunali militari, le corti amministrative; cfr. A. MAOZ, *The Institutional* cit., 31; S. GOLDSTEIN, A.M. RABELLO, *L'ordinamento giudiziario*, in T. GROPPi, E. OTTOLENGHI, A.M. RABELLO (a cura di), *Il sistema* cit., pp. 234 ss.; S. NAVOT, *Constitutional* cit., pp. 138 ss.

⁹ Sulla dottrina italiana in merito all'esistenza o meno di una Costituzione in Israele cfr. T. GROPPi, *La Corte suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 3543 ss.

¹⁰ Sullo status giuridico della Dichiarazione di indipendenza cfr. A.M. RABELLO, *Costituzione* cit., pp. 26 ss..

¹¹ Tale previsione ottemperava all'obbligo derivante dalla risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 29.11.1947 con cui si era provveduto a dividere il territorio palestinese. La Dichiarazione di Indipendenza indicava una data precisa – il 1° 10.1948 – per l'elezione dell'Assemblea costituente, ma l'inizio della guerra con gli Stati vicini determinò lo spostamento delle elezioni al 25.1.1949. Cfr. C. KLEIN, *La démocratie d'Israël*, Edition du Deuil, Paris, 1997, pp. 119 ss. Sulla nascita dello Stato di Israele cfr. S. NAVOT, *Constitutional* cit., pp. 19 ss.; A.M. RABELLO, *Costituzione* cit., pp. 21 ss.

¹² Il *Provisional Council of State* subentra, in seguito alla proclamazione della nascita del nuovo Stato di Israele, al *People's Council*, organo composto da 33 membri,

Stato, venivano trasferiti alla nuova Assemblea, chiamata ad esercitare insieme il potere legislativo ed il potere costituente¹³. Alla sua prima sessione il 17.2.1949, l'Assemblea costituente approvava una legge – la *Transition Law* – in forza della quale dichiarava di cambiare il proprio nome in “*Knesset*”, trasformandosi nel primo Parlamento israeliano. La *Knesset* è infatti il nome con cui si indicherà da quel momento in poi l'organo legislativo dello Stato di Israele¹⁴.

Nell'impossibilità di raggiungere un accordo sul testo costituzionale il 13 giugno 1951 veniva approvata la risoluzione Harari¹⁵, con cui si stabiliva che non si sarebbe adottato un unico testo scritto come Costi-

che rappresentava la comunità ebraica in Palestina prima della costituzione del nuovo Stato. Cfr. S. NAVOT, *Constitutional cit.*, 35.

¹³ Cfr. C. KLEIN, *La démocratie cit.*, 118. L'Autore sottolinea come dal testo della Dichiarazione di Indipendenza si evinceva con chiarezza la distinzione della funzione costituente, che doveva essere esercitata da un'Assemblea elettiva che avrebbe dovuto redigere la Costituzione, e la funzione legislativa che, per il periodo della transizione, doveva essere esercitata dal *Provisional Council of State*. La Dichiarazione disponeva, infatti, che fino all'insediamento delle ordinarie autorità dello Stato il *People's Council* avrebbe esercitato le funzioni in qualità di *Provisional Council of State*. Ciononostante il 13 gennaio 1949, pochi giorni prima della data fissata per l'elezione dell'Assemblea costituente il *Provisional Council of State* adottava un'ordinanza con cui disponeva che, al momento della riunione dell'Assemblea costituente, il *Provisional Council of State* si sarebbe sciolto. Giuridicamente, la conseguenza di tale disposizione sarebbe stato il conferimento all'Assemblea costituente anche dei poteri legislativi.

¹⁴ Il Parlamento israeliano è un organo monocamerale, composto da 120 membri eletti a suffragio universale e diretto dal corpo elettorale, in base ad un sistema elettorale di tipo proporzionale. Secondo l'art. 4, legge fondamentale sulla *Knesset* (1958), l'elezione del Parlamento deve essere “*general, direct, equal, secret, and proportional*”. Sul ruolo dei partiti politici nel sistema politico israeliano cfr. A.M. RABELLO, A. YAAKOV LATTES, *I partiti politici*, in T. GROPPi, E. OTTOLENGHI, A.M. RABELLO (a cura di), *Il sistema cit.*, pp. 115 ss. Sui compiti della *Knesset* e sul procedimento legislativo si consenta il rinvio a L. DE GRAZIA, *Israele*, in R. DIKMANN, A. RINELLA (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Carocci, Roma, 2011, pp. 419 ss..

¹⁵ Il nome della risoluzione è quello del deputato che l'aveva proposta, M.K. Harari, cfr. S. NAVOT, *Constitutional cit.*, 35; A.M. RABELLO, *Costituzione cit.*, 25. Inoltre vd. C. KLEIN, *La démocratie cit.*, 123. L'Autore sottolinea come la risoluzione Harari rifletta l'influenza sia della cultura giuridica tedesca sia quella francese. L'influenza tedesca sarebbe facilmente individuabile nella scelta dell'espressione “legge fondamentale”. Quella francese è meno apparente e risiederebbe nella scelta della modalità di redigere la Costituzione. Il riferimento è quello della III Repubblica francese, in cui il processo costituente abbandona la scelta classica di adottare una Costituzione sotto forma di unico documento, preferendo l'approvazione di una serie di leggi costituzionali lungo l'arco temporale che va dal 1875 al 1926.

tuzione, ma che si sarebbe provveduto a redigere separati capitoli, costituenti ciascuno una legge fondamentale. Questi capitoli, una volta completati, sarebbero stati presentati davanti la *Knesset* per essere riuniti in un unico testo costituzionale¹⁶. Nello stesso anno la prima *Knesset* approvava una seconda legge di transizione¹⁷, con cui disponeva il trasferimento dei poteri della prima *Knesset* (l'originaria Assemblea costituente) a tutte le assemblee successive: scopo della legge era di assicurare ad ogni futuro Parlamento la continuità e il trasferimento dei poteri di cui era originariamente titolare la prima *Knesset*. Nel corso degli anni, a partire dal 1958, si sono approvate undici leggi fondamentali¹⁸, sulla base della presunzione che il Parlamento esercita in-

¹⁶ Sono stati diversi i motivi per cui si è preferito rimandare la redazione della Costituzione. Da una parte c'era la necessità di superare l'ostilità dei partiti religiosi, non concordi sulla necessità di redigere il testo costituzionale. Parte di essi, i più estremisti, ritenevano che le regole fondamentali del nuovo Stato erano già contenuti nella *Torah*, il corpo fondamentale dell'insegnamento religioso ebraico, e solo essa poteva essere considerata la Costituzione del nuovo Stato. Per altri il rischio era il riconoscimento di ampi poteri ai giudici, espressione della cultura laica: una Costituzione scritta e superiore alle leggi ordinarie, con la conseguente previsione di un giudizio di costituzionalità, avrebbe comportato il potere dei giudici di censurare le leggi, compreso quelle di contenuto religioso. Vi era, poi, chi sosteneva l'importanza di una Costituzione, ma non dotata di uno *status* superiore alle altre fonti del diritto, di modo che potesse dimostrare nel tempo di costituire veramente la legge fondamentale dello Stato. Inoltre il partito che era allora al potere, il Mapai, precursore dell'attuale partito laburista, deteneva solo la maggioranza relativa: la redazione della Costituzione sarebbe stata pertanto frutto di collaborazione con gli altri partiti, espressioni di diverse tendenze. Infine non si voleva che fosse solo una minoranza del popolo ebraico a decidere sulla carta costituzionale del Paese. Il nuovo Stato israeliano doveva infatti essere il punto di riunione degli esuli ebrei, ma al momento della nascita dello Stato solo una piccola percentuale si trovava nel territorio israeliano. Sul dibattito circa la redazione della nuova Costituzione vd. E. RACKMAN, *Israel's Emerging Constitution*, Columbia University Press, New York, 1955, pp. 111 ss.; C. KLEIN, *La démocratie* cit., pp. 120 ss. Nella dottrina italiana S. BALDIN, *La rigidità costituzionale come work-in progress nell'ordinamento israeliano*, in F. PALERMO (a cura di), *La manutenzione costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 264 ss.; A.M. RABELLO, *Costituzione* cit., pp. 23 ss.; A. ANSELMO, *Costituzione e democrazia: l'esperienza israeliana*, in DPCE, 2000, 2, 419; F. RESCIGNO, *Scritti sul sistema istituzionale israeliano*, Maggioli, Rimini, 1996, pp. 15 ss.; R. TONIATTI, *Israele: una Costituzione a tappe*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1977, 2, pp. 510 ss.

¹⁷ *La Transition Law*, 4.4.1951.

¹⁸ Legge fondamentale sulla *Knesset* (1958); legge fondamentale sui territori di Israele (1960); legge fondamentale sul Presidente dello Stato (1964); legge fondamentale sul Governo (1968); legge fondamentale sull'economia di Stato (1975); legge fon-

sieme il potere costituente, con l'emanazione delle leggi fondamentali, e quello legislativo approvando le leggi ordinarie.

Sembra importante soffermarsi, seppure brevemente, sulla natura giuridica delle leggi fondamentali perché è grazie all'evoluzione normativa di tali leggi che si è riconosciuto nell'ordinamento israeliano il controllo di costituzionalità delle leggi. Questo è rilevante, perché la Corte suprema svolge un ruolo molto importante nel dialogo istituzionale in un'ottica di contemperamento tra il diritto religioso e le libertà.

Le leggi fondamentali sono approvate dalla *Knesset* con un procedimento identico a quello previsto per le leggi ordinarie. I criteri formali per differenziare tali atti normativi dalla legislazione ordinaria sono il *nomen iuris* "leggi fondamentali" e la mancata indicazione dell'anno di approvazione, elemento che invece caratterizza tutte le leggi ordinarie.

Vi è un approfondito dibattito all'interno della dottrina israeliana in ordine alla natura giuridica delle leggi fondamentali, che possono sinteticamente riassumersi in due correnti. C'è chi riconosce a tali leggi natura costituzionale, in quanto capitoli del futuro testo costituzionale¹⁹. La posizione suprema delle leggi fondamentali nell'ambito del sistema delle fonti troverebbe il suo fondamento nella risoluzione Hara-ri che ha previsto il peculiare procedimento di formazione della Costituzione israeliana per capitoli.

Parte della dottrina considera invece le leggi fondamentali come semplici leggi ordinarie che assumeranno uno *status* superiore solo con il completamento della Costituzione. Avvalorerebbe tale tesi l'approvazione delle leggi fondamentali con la procedura ordinaria e il linguaggio usato spesso molto dettagliato. A sostegno della natura non sovraordinata delle leggi fondamentali si sostiene la supremazia della sovranità della *Knesset*²⁰, in alcun modo vincolabile da atti di una *Knesset* precedente, e l'insindacabilità delle leggi, espressione appunto

damentale sull'esercito (1976); legge fondamentale su Gerusalemme, capitale di Israele (1980); legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario (1984); legge fondamentale sul Controllore di Stato (1988); legge fondamentale sulla libertà e dignità della persona (1992); legge fondamentale sulla libertà di occupazione (1992).

¹⁹ Cfr. R. TONIATTI, *Israele*, cit., 526; A. MAOZ, *The Institutional* cit., 14.

²⁰ Sul ruolo della sovranità parlamentare in Israele e sul rapporto tra il potere politico e il potere di controllo di costituzionalità cfr. E. OTTOLENGHI, *Sovranità parlamentare e controllo di costituzionalità: il caso israeliano*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 568 ss.; D. KRETZMER, *The Supreme Court and Parliamentary Supremacy*, in I. ZAMIR, A. ZYSBLAT, *Public* cit., pp. 303 ss.

della supremazia della sovranità parlamentare. Quest'ultima considerazione, peraltro, è oggi da ritenere superata, poiché in seguito all'evoluzione giurisprudenziale intrapresa dalla Corte suprema israeliana, dal 1995 si ammette un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie²¹.

L'aspetto peculiare delle leggi fondamentali è che, tranne pochissime eccezioni, non sono previste procedure speciali per modificare, integrare o abrogare le disposizioni in esse contenute. Nelle prime leggi fondamentali le *entrenched clauses* – disposizioni tutelate da una procedura di emendamento rafforzata – sono previste in pochissime disposizioni e sono di tipo formale²²: si richiede unicamente il raggiungimento di maggioranze qualificate all'interno della *Knesset*²³.

La svolta importante nel cammino del riconoscimento di una superiorità gerarchica delle leggi fondamentali rispetto a quelle ordinarie si ha nel 1992 con l'approvazione delle due leggi fondamentali in materia di diritti: la legge fondamentale sulla dignità e libertà della persona e la legge fondamentale sulla libertà di occupazione²⁴. Entrambe prevedo-

²¹ Sull'importanza del ruolo della Corte suprema nella vita pubblica israeliana cfr. C. KLEIN, *La démocratie* cit., pp. 143 ss.

²² Ritroviamo queste clausole di rafforzamento in poche disposizioni normative. In particolare nella legge fondamentale sulla *Knesset* sono previste due diverse *entrenched clauses*: l'art. 4, nel descrivere le caratteristiche del sistema elettorale israeliano, specifica che tale disposizione può essere modificata solo dalla maggioranza assoluta dei membri della *Knesset*; l'art. 45 richiede il raggiungimento della maggioranza di 80 membri della *Knesset* per emendare sia lo stesso articolo sia la disposizione di cui all'art.44 della stessa legge, che prevede, a sua volta, che la legge fondamentale non possa essere modificata o sospesa dalla normativa di emergenza. L'art. 46, inoltre, specifica che il raggiungimento della maggioranza qualificata necessaria per emendare la legge fondamentale è necessaria in tutte e tre le letture parlamentari, per gli emendamenti sia espliciti sia impliciti. Si prevede una clausola di rafforzamento anche nella legge fondamentale sul Governo, in cui l'art. 44 prevede che per la modifica di tale legge è necessario il raggiungimento della maggioranza assoluta dei membri della *Knesset*.

²³ Si ha un'evoluzione con l'art. 7 della legge fondamentale su Gerusalemme, capitale di Israele (1980) e con l'art. 7 della legge fondamentale sulla libertà di occupazione (1992), in cui si richiede, ai fini dell'emendabilità delle disposizioni in esse contenute, non solo l'approvazione con maggioranze qualificate in seno alla *Knesset*, ma che siano anche previste in una legge fondamentale.

²⁴ Cfr. Y. M. EDREY, *The Israeli Constitutional Revolution/Evolution, Models of Constitutions and a Lesson from Mistakes and Achievements*, in 53 *Am. J. Comp. L.*, 2005, pp. 77 ss. Le due leggi tutelano il diritto alla vita, alla dignità e all'integrità fisica, la proprietà, la libertà personale, il diritto di emigrare e di ritornare in patria e la priva-

no una clausola di limitazione²⁵ che dispone che non saranno violati i diritti previsti da queste leggi fondamentali se non per effetto di una legge che deve essere conforme ai valori dello Stato di Israele, adottata per uno scopo idoneo, nella misura necessaria o per effetto di una normativa emanata in virtù di espressa delega di tale legge. In base a questa disposizione si sono create pertanto le condizioni per limitare le violazioni delle leggi fondamentali da un punto di vista sostanziale, ponendo le basi per il riconoscimento del *judicial review*²⁶.

A tal proposito ha svolto un ruolo decisivo la Corte suprema con la decisione *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*²⁷ in cui

cy. Non sono previste la libertà di religione e il principio di uguaglianza. I partiti ortodossi si erano infatti opposti a tale previsione, preoccupati che ciò avrebbe consentito alla Corte suprema di esercitare il *judicial review* sulla legislazione. Cfr. O. LIVIATAN, *Judicial Activism and Religion – Based Tensions in India and Israel*, in 26 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, 2009, pp. 583 ss.

²⁵ Art. 8 della legge fondamentale sulla libertà e dignità della persona e art. 4 della legge fondamentale sulla libertà di occupazione. Sulla natura della clausola di limitazione cfr. S. NAVOT, *Le libertà fondamentali*, in T. GROPPI, E. OTTOLENGHI, A.M. RABELLO (a cura di), *Il sistema*, cit., 146.

²⁶ La circostanza di un possibile controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie si è verificata per la prima volta nel 1969 con il caso *Bergman v. Ministro delle Finanze* (H.C. 98/69 *Bergman v. Minister of Finance* (1969), 23, I, P.D., 963). La Corte suprema, oltre a dichiarare che il sistema di finanziamento ai partiti politici previsto dalla legge era contrario al principio di uguaglianza, ha constatato che la legge non era stata approvata dalla maggioranza assoluta dei membri della *Knesset*, così come era richiesto dall'art. 4 della legge fondamentale sulla *Knesset*. L'importanza della decisione risiede nella possibilità di un controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie e nel riconoscimento della superiorità gerarchica delle disposizioni delle leggi fondamentali che contengono clausole di rafforzamento.

²⁷ C.A. 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, (1993), 49 (4) P.D. 221. In particolare, la decisione della Corte riguardava il contrasto di una legge ordinaria, che aveva previsto la cancellazione di parte dei debiti contratti dalle cooperative agricole, con l'art. 3 della legge fondamentale sulla dignità e libertà della persona, che tutela il diritto di proprietà. La Corte suprema, chiamata a giudicare in grado di appello avverso una decisione della *District Court* di Tel Aviv, ha annullato la sentenza di primo grado, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale della legge in base alla clausola di limitazione prevista nell'art. 8 della stessa legge fondamentale sulla dignità e la libertà della persona. Il rispetto della clausola di limitazione da parte della legge ordinaria ha permesso, quindi, di derogare alle disposizioni previste nella legge fondamentale: la Corte ha ritenuto, infatti, che i limiti introdotti dalla legge nei confronti del diritto di proprietà siano stati conformi ai valori dello Stato di Israele, poiché giustificati dalla necessità di aiutare un importante settore dell'economia quale quello agricolo. Sul dibattito se la cd. *constitutional revolution* israeliana troverebbe il suo fondamento nell'approvazione delle due leggi fundamenta-

si è dato inizio, in via giurisprudenziale, al controllo di costituzionalità delle leggi ordinarie. In questa decisione la Corte si sofferma, tra l'altro, sulla natura giuridica delle leggi fondamentali, riconoscendo la titolarità alla *Knesset* non solo del potere legislativo, ma anche del potere costituente²⁸.

In seguito a tale decisione all'interno del sistema delle fonti viene riconosciuto alle leggi fondamentali una posizione gerarchicamente superiore rispetto alle leggi ordinarie. Di conseguenza una legge ordinaria, espressione del potere legislativo, che contrasti con una legge fondamentale, espressione del potere costituente, può essere dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema²⁹. L'aspetto peculiare è che ciò che differenzia i due tipi di legge (oltre l'esercizio di un diverso potere)

li in materia di diritti emanate nel 1992 o se invece essa è da ricondurre al caso *Mizrahi Bank* si veda T. GROPPI, *La Corte suprema* cit., 3551.

²⁸ Questa titolarità troverebbe fondamento in diversi atti: nella Dichiarazione di indipendenza che prevede la convocazione di una Assemblea costituente, nella successiva risoluzione Harari, sopra ricordata, che prevede l'approvazione per gradi dei diversi capitoli della Costituzione e nella legge di transizione, 1951 che ha trasferito i poteri della prima *Knesset* a tutte le successive, comprendendo entrambe le tipologie di poteri, costituenti e costituiti. La sovranità della *Knesset* sarebbe pertanto limitata da norme stabilite dalla *Knesset* stessa, nell'esercizio del suo potere costituente. Esso troverebbe il suo fondamento nel principio della continuità del potere costituente nelle diverse *Knesset* che si sono susseguite nel tempo. Questa è l'opinione della maggioranza dei giudici della Corte suprema, sostenuta in particolare dal giudice Barak. Il giudice Shamgar, pur condividendo la natura costituzionale delle leggi fondamentali, ritiene che il fondamento vada ricercato nel potere sovrano della *Knesset*, idoneo a porre restrizioni a se stessa. Secondo invece l'opinione dissenziente del giudice Cheshin, la *Knesset* non può esercitare un potere costituente in quanto potere intrasmissibile: la *Knesset* potrebbe solo emanare norme di legge rafforzate, come tali gerarchicamente superiori alle leggi ordinarie, ma frutto sempre di un potere di tipo costituito. L'opinione prevalente della dottrina israeliana e straniera riconosce alla *Knesset* la titolarità dei entrambi i poteri; cfr. Y.M. EDREY, *The Israeli* cit., 103; A. MAOZ, *The Institutional* cit., 15; A. ZYSBLAT, *The System* cit., 5.

²⁹ La legge fondamentale sulla dignità e la libertà della persona espressamente prevede che essa potrà determinare l'invalidità solo delle leggi emanate dopo la sua entrata in vigore (art. 10). Non vi è un'analoga disposizione nella legge fondamentale sulla libertà di occupazione. In entrambe le leggi si afferma che tutte le autorità dello Stato, compreso quindi il legislatore, sono tenute a rispettare i diritti sanciti dalle leggi fondamentali (art. 11 della legge fondamentale: dignità e libertà della persona e art. 5 della legge fondamentale: libertà di occupazione). La dottrina israeliana sottolinea che nell'interpretare le leggi ordinarie entrate in vigore prima dell'emanazione delle due leggi fondamentali sui diritti si debba comunque tenere conto delle previsioni normative, dello spirito e dei principi delle leggi fondamentali.

è la denominazione, essendo uguale l'organo che le approva e il procedimento legislativo adottato.

3. Israele Stato ebraico e democratico

Il diritto ebraico e il diritto israeliano esprimono due diversi sistemi normativi. Il diritto religioso ebraico è il *corpus iuris* della tradizione ebraica, tramandato nel corso del tempo dall'epoca biblica fino ai nostri giorni³⁰, mentre il diritto israeliano è il diritto prodotto dagli organi democratici dello Stato di Israele.

Esaminare la rilevanza del diritto ebraico all'interno del sistema normativo israeliano è di particolare interesse in quanto l'ordinamento israeliano, in diversi atti normativi, si definisce come "Stato ebraico". In particolare, nelle leggi fondamentali, ritroviamo tale definizione in tre diverse disposizioni³¹: nella legge fondamentale sulla libertà di occupazione e nella legge fondamentale sulla libertà e dignità della persona si dispone che scopo di tali leggi è di proteggere le libertà in esse previste al fine di riconoscere nelle leggi fondamentali i valori di Israe-

³⁰ Cfr. A.M. RABELLO, *Diritto Ebraico* cit., pp. 1 e 5 ss.; ID., *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 3 ss. L'Autore sottolinea come la letteratura ebraica rabbinica si divide tra la *Haggadà*, con carattere di insegnamento teologico, e la *Halachà*, avente carattere giuridico. Nel corso degli ultimi due secoli si è chiamato Diritto ebraico quella parte della *Halachà* che corrisponde alle materie considerate giuridiche del mondo occidentale. Nella legislazione della *Knesset* si usa il termine *din Torà*, o diritto religioso ebraico, per fare riferimento a quella parte del diritto recepito nello Stato di Israele.

³¹ Art. 2 legge fondamentale sulla libertà di occupazione; art. 1 legge fondamentale sulla libertà e dignità della persona; art. 7A legge fondamentale sulla *Knesset*. Anche nella Dichiarazione di Indipendenza si definisce Israele come Stato ebraico e democratico: "Quindi noi, membri del Consiglio del Popolo, rappresentanti della Comunità ebraica in *Eretz* Israele e del Movimento Sionista, siamo qui riuniti nel giorno della fine del Mandato britannico su *Eretz* Israele e, in virtù del nostro diritto naturale e storico e della risoluzione dell'Assemblea Generale della Nazioni Unite, dichiariamo la fondazione di uno Stato ebraico in *Eretz* Israele, che avrà il nome di Stato d'Israele" e poi "Lo Stato d'Israele sarà aperto per l'immigrazione ebraica e per la riunione degli esuli, incrementerà lo sviluppo del Paese per il bene di tutti i suoi abitanti, sarà fondato sulla libertà, sulla giustizia e sulla pace come predetto dai profeti d'Israele, assicurerà completa uguaglianza di diritti sociali e politici a tutti i suoi abitanti senza distinzione di religione, razza o sesso, garantirà libertà di religione, di coscienza, di lingua, di istruzione e di cultura, preserverà i luoghi santi di tutte le religioni e sarà fedele ai principi della Carta delle Nazioni Unite".

le come Stato “ebraico e democratico”. Analoga definizione è contenuta nell’art.7A della legge fondamentale sul Parlamento, in cui si vieta la partecipazione alle elezioni parlamentari di candidati o di liste di candidati che neghino l’esistenza di Israele come Stato “ebraico e democratico”³².

³² È interessante notare che tale disposizione è stata introdotta in seguito a due successivi emendamenti, rispettivamente nel 1985 e nel 2002. La necessità dell’elaborazione di alcuni principi che individuassero cause di esclusione dalle elezioni parlamentari dei partiti è derivata da una decisione della Corte suprema, *E.A. Yardor v. Chairman of the Central Elections Committee for the Sixth Knesset*, (1965) 19, (3) P.D. 3, 365. Nel caso specifico si cercava di estromettere dalle elezioni un partito espressione del movimento nazionalista arabo (*el-Ard*). La legge elettorale allora vigente non conteneva alcuna norma che giustificasse l’esclusione dalle elezioni del partito, che aveva tutti i requisiti formali per parteciparvi. La Corte suprema appoggiava la decisione del *Central Elections Committee* di squalificare la lista, sulla base dell’esistenza di un diritto di autodifesa dello Stato, che avrebbe permesso di escludere dalla partecipazione politica i partiti che avessero contestato il carattere ebraico dello Stato israeliano. La Corte si è ritrovata a giudicare sull’esclusione di due liste di candidati nuovamente nel 1984, nel caso *E.A. 2/84 Neiman v. Chairman of the Central Elections Committee for the Eleventh Knesset*, (1984) 39 (2) P.D. 225. Si trattava di una lista araba, la *Progressive liste for the peace*, e la lista *Kab* (*Kachl list of Meir Kabane*). La Corte Suprema, diversamente dal caso precedente, ne ammetteva la presentazione: il carattere razzista e antidemocratico professato dalle due liste veniva moralmente condannato, ma si disconosceva la volontà dei candidati di criticare il carattere ebraico dello Stato. Cfr. C. KLEIN, *La démocratie* cit., 278. L’Autore, in particolare, segnala che da tali decisioni potrebbe ricavarsi un ordine gerarchico tra il carattere ebraico e democratico dello Stato a favore del primo, in quanto, in mancanza di una norma espressa, il primo carattere ha giustificato l’esclusione delle liste, ma non il secondo; cfr. C. KLEIN, *The Defence of the State and the Democratic Regime in the Supreme Court*, in *20 Isr.L. Rev.*, 1985, pp. 397 ss. Dopo questa decisione la *Knesset* ha approvato il primo emendamento della legge fondamentale sul Parlamento, introducendo la norma secondo cui una lista di candidati non può presentarsi alle elezioni parlamentari se i suoi fini o le sue azioni, espressamente o anche in modo implicito, includano uno dei seguenti caratteri: la negazione dell’esistenza di Israele come Stato del popolo ebraico, la negazione del carattere democratico dello Stato, l’incitamento al razzismo. In seguito a tale emendamento il Comitato centrale elettorale ha provveduto a squalificare nelle successive elezioni la lista *Kab* per incitamento al razzismo e per violazione del principio democratico. La Corte suprema in questo caso ha confermato la valutazione del Comitato, vd. *EA 1/88 Neiman v. Chairman of the Central Election Committee for the Twelve Knesset*, (1988) 42 (4) P.D. 177. Il Parlamento ha nuovamente emendato tale articolo nel 2002, modificando la definizione “Stato del popolo ebraico” in “Stato ebraico” ed introducendo una nuova causa di esclusione: le azioni a supporto della lotta armata contro lo Stato israeliano a favore di paesi ostili o di organizzazioni terroristiche. Cfr. D. KRETZMER, *Constitutional Law*, in SHAPIRA, A. DE WITZ-

Da tale definizione non può desumersi che Israele sia uno Stato teocratico³³, piuttosto si sottolinea l'assenza di una disposizione che definisca la religione ebraica come religione di Stato³⁴. Israele viene definito infatti come uno Stato multiconfessionale³⁵, che garantisce il pluralismo religioso e la tutela della libertà di religione, attraverso il riconoscimento di diverse comunità religiose³⁶ e la previsione normativa e giurisdizionale di forme di tutela a garanzia di tale diritto.

A partire dalla Dichiarazione di indipendenza si è, infatti, affermato che il nuovo Stato israeliano avrebbe garantito la libertà di religione, di coscienza, di lingua, di istruzione e di cultura e avrebbe preservato i

ARAR K.C., *Introduction* cit., 40; P. ALSTON, *Promoting Human Rights Through Bills of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 83.

³³ Solo una minoranza nella comunità israeliana propende per l'instaurazione di un sistema teocratico in Israele, in cui il diritto ebraico rileverebbe come fonte suprema del diritto. Anche la completa separazione tra Stato e religione è sostenuta da una minoranza, che evidenzia come lo Stato israeliano sia stato voluto per motivi politici e non religiosi e che sia necessario che la comunità religiosa si regga su proprie istituzioni, senza l'aiuto da parte di quelle governative: la separazione tra Stato e religione sarebbe il solo modo per un'effettiva garanzia della libertà di religione e per la realizzazione di un sistema realmente democratico. Secondo il prevalente orientamento, invece, si desidera conservare il carattere ebraico dello Stato anche se si evidenziano casi di coercizioni religiose. Cfr. B.E. GENUT, *Competing Visions of the Jewish State: Promoting and Protecting Freedom of Religion in Israel*, in 19 *Fordham Int'l L. J.*, 1995-1996, pp. 2158 ss.

³⁴ Cfr. R. LAPIDOTH, *Freedom of Religion and of Conscience in Israel*, 47 *Cath. U. L. Rev.*, 1997-1998, 443. Sulla natura non teocratica dello Stato israeliano vd. S. GOLDSTEIN, *Israel: a Secular or a Religious State?*, in 36 *St. Louis U.L.J.*, 1991-1992, 143.

³⁵ Sui diversi tipi di relazioni tra Stato e religione cfr. C. KLEIN, *Stato, ebraismo e confessioni religiose in Israele*, in A. RICCARDI (a cura di), *Il Mediterraneo nel Novecento. Religioni e Stati*, San Paolo, Milano, 1994, pp. 110 ss. Secondo l'Autore Israele pratica un regime multiconfessionale differenziato. Tale differenziazione si esplica in un duplice senso: da una parte nelle relazioni tra la religione ebraica e le altre religioni, in quanto i servizi di cui dispongono gli ebrei sono ben superiori a quelli riconosciuti alle altre religioni; da un'altra nelle relazioni tra le tre confessioni religiose più importanti (ebrei, musulmani e drusi) e le altre confessioni minori, prevalentemente costituite da cristiani. In ordine all'idea che la definizione di Israele come Stato ebraico non implichi una teocrazia, ma una condivisione di valori cfr. anche H.H. COHN, *Religious Freedom and Religious Coercion in the State of Israel*, in A.E. KELLERMANN K. SIEHR, T. EINHORN, (a cura di), *Israel* cit., pp. 79 ss. Sulla legislazione volta a garantire l'uguaglianza tra i membri delle diverse religioni cfr. R. LAPIDOTH, *Freedom* cit., pp. 456 ss.

³⁶ Attualmente sono ufficialmente riconosciute quattordici comunità religiose, cfr. S. GOLDSTEIN, *Israel* cit., 145.

luoghi santi di tutte le religioni³⁷, pur definendo il carattere ebraico dell'ordinamento. Anche la Corte suprema ha ribadito come la libertà di religione costituisca uno dei principi fondamentali su cui si fonda lo Stato israeliano, richiamando l'art. 83 del *Palestine Order in Council*, emanato nel periodo del mandato britannico e tuttora in vigore, che riconosce nei confronti di tutti la libertà di coscienza e di religione³⁸.

La difficoltà è conciliare il riconoscimento di tale libertà con l'asserzione del carattere ebraico dello Stato e con le implicazioni che tale definizione determina.

Nel delineare l'identità dello Stato la dottrina evidenzia l'indubbio legame esistente tra Israele e il popolo ebraico e individua come compito principale dello Stato la preservazione dell'unità nazionale ebraica³⁹. Il diritto di immigrare nel territorio israeliano riconosciuto

³⁷ Sulla contraddizione tra la proclamazione del carattere ebraico dello Stato e la tutela della libertà di religione cfr. M.O. LOWY, *Restructuring a Democracy. An Analysis of the New Proposed Constitution for Israel*, in 22 *Cornell Int'l L. J.*, 1989, pp. 121 ss.; B.E. GENUT, *Competing cit.*, pp. 2139 ss.; R. LAPIDOTH, *Freedom cit.*, pp. 445 ss. In particolare l'Autore richiama anche i trattati internazionali ratificati da Israele in cui è garantita la libertà di religione come i Patti internazionali sui diritti civili e politici (1991) e l'Accordo fondamentale tra la Santa Sede e Israele, (30.12.1993) in cui si richiamano le disposizioni sulla libertà di religione così come disposte nella Dichiarazione universale sui diritti umani del 1948. Vi è da dire però che le norme dei trattati internazionali costituiscono spesso solo una guida per i giudici, poiché i trattati devono essere incorporati nella legislazione per avere efficacia nel diritto interno e i trattati sui diritti umani non sono incorporati, vd. A. SCOLNICOV, *Religious Law, Religious Courts and Human Rights within Israeli Constitutional Structure*, in 4 *Int'l J. Const. L.*, 2006, 739. A garanzia di tale libertà inoltre la normativa penale israeliana punisce le offese che oltraggiano i sentimenti religiosi, che disturbano la preghiera o che profanano i luoghi di culto. Tale crimine è previsto nei confronti di tutte le religioni, vd. la *Offence Against Sentiments of Religion and Tradition*, 1977, *Penal Law*, artt. 170-74.

³⁸ H.C. 292/83 *Faithful of the Temple Mount v. Commander of Police in the Jerusalem Area*, (1983), 38 (2) P.D. 449 in R. LAPIDOTH, *Freedom cit.*, 447. cfr. M. O. LOWY, *Restructuring cit.*, 122. La Corte sottolinea però che si tratta di diritti non assoluti che possono essere oggetto di bilanciamento con altri diritti. Un caso interessante di tutela della libertà di religione si è avuto in occasione dei giudizi sulla legittimità della bigamia, vietata dalla normativa penale israeliana, ma permessa secondo il diritto islamico. A difesa della propria bigamia, in alcune cause, si è sostenuto che il divieto contrastasse con la libertà di culto. La Corte suprema ha rigettato tale argomentazione facendo una distinzione tra cosa la religione permette e cosa invece impone. La bigamia è permessa da alcune religioni ma non è un obbligo, di conseguenza il divieto disposto nelle leggi secolari non contrasta con la libertà di culto. R. LAPIDOTH, *Freedom cit.*, 448.

³⁹ Cfr. B.E. GENUT, *Competing cit.*, 2120.

nella *Law of Return*, 1950⁴⁰ nei confronti di tutti gli ebrei e delle loro famiglie, ovunque essi risiedano, è considerato come la ragione d'essere dello stesso ordinamento⁴¹. Questa norma va collegata con le modalità di acquisizione della cittadinanza israeliana individuate nella *Citizenship Law*, 1952 in cui si prevede il diritto di ogni ebreo che abbia fatto ritorno in Israele di ottenerne automaticamente la cittadinanza⁴².

Il legame tra lo Stato israeliano e il popolo ebraico rappresenta un elemento caratterizzante l'identità dell'ordinamento, tanto che i simboli dello Stato come la bandiera, l'inno e l'emblema nazionale sono strettamente collegati alla tradizione ebraica⁴³. Numerose sono le leggi che contribuiscono a definire il concetto di Stato ebraico riconoscendo e autorizzando le organizzazioni ebraiche ad operare in collaborazione con gli organi statali⁴⁴; stabilendo finanziamenti pubblici per le istituzioni religiose⁴⁵, riconoscendo festività e commemo-

⁴⁰ Secondo la *Law of Return*, 1950, (emendamento n. 2, 1970), sez. 4 B, ebreo è chi è nato da madre ebrea o che si è convertito alla religione ebraica e che non è membro di un'altra religione. Il diritto di ritorno è anche garantito nei confronti di un figlio e di un nipote di un ebreo, del coniuge di un ebreo, del coniuge di un figlio e di un nipote di un ebreo, eccetto per chi si sia convertito ad un'altra religione, sez. 4 A.

⁴¹ Questa legge riflette una percezione del popolo che va oltre i confini territoriali dello Stato, invitando ogni ebreo a stabilirsi in Israele, acquisendone la cittadinanza, cfr. A. SHACHAR; *Whose Republic?: Citizenship and Membership in the Israeli Polity*, in 13 *Geo. Immigr. L.J.*, 1998-1999, 234; M.M. KARAYANNI, *In the Best Interests of the Group: Religious Matching Under Israeli Adoption Law*, in 3 *Berkeley J. Middle E. & Islamic L.*, 2010, pp. 101 ss.

⁴² Cfr. A. SHACHAR; *Whose Republic?* cit., pp. 240 ss. L'Autore evidenzia come in Israele vi è una totale uguaglianza tra chi nasce nel territorio israeliano e gli ebrei immigrati, diversamente da quanto accade nel resto del mondo, in cui agli immigrati non sono immediatamente garantiti gli stessi diritti di coloro che sono nati nel territorio dello Stato.

⁴³ Cfr. la *Flag and Emblem Law*, 1949 che riconosce colori e simboli della tradizione ebraica, cfr. B. E. GENUT, *Competing* cit., 2152 in cui l'Autore evidenzia come in Israele la religione e lo Stato interagiscono su tre diversi livelli: il livello simbolico, quello istituzionale e, infine, quello legislativo.

⁴⁴ Si fa riferimento alla *World Zionist Organization - Jewish Agency (Status) Law*, 1952, sulla storia e l'evoluzione di tali organizzazioni religiose ebraiche, G. QUIGLEY, *Apartheid Outside Africa: the Case of Israel*, in 2 *Ind. Int'l. & Comp. L. Rev.*, 1991-1992, pp. 221 ss.; la *Chief Rabbinate of Israel Law*, 1980, la *Jewish Religious Services Law*, 1970 che disciplina i consigli religiosi ebraici che si occupano di gestire le materie inerenti alle sinagoghe, ai cimiteri, alla supervisione del cibo *kosher*, ai registri matrimoniali, cfr. M.M. KARAYANNI, *In the Best Interests* cit., 145, nt. 254.

⁴⁵ Il carattere ebraico dello Stato si evidenzia anche in materia di finanziamento pubblico alle istituzioni religiose. Il governo supporta le attività religiose attraverso

razioni ebraiche⁴⁶. Il Parlamento ha inoltre approvato leggi che disciplinano il cibo *kosher* e ne regolamentano la vendita⁴⁷ e, soprattutto, ha sancito l'importanza dell'educazione dei valori ebraici nelle scuole⁴⁸. Il si-

diversi ministeri quale quello degli affari religiosi, il ministero dell'educazione, il ministero degli affari interni, il ministero del lavoro e del *welfare*, nulla vietando agli altri ministeri di destinare risorse per specifici progetti, anche non direttamente con finalità religiose, ma che contribuiscono indirettamente allo sviluppo delle istituzioni religiose. In passato il *budget* governativo includeva una lista delle somme allocate alle istituzioni religiose indicandole per nome. Questo sistema aveva causato molte controversie tanto che con un emendamento alla *Budget Foundation Law* si era statuito che si sarebbero distribuiti i finanziamenti prevedendo uguali somme per tutte le istituzioni rientranti nella medesima categoria. Questo avrebbe dovuto garantire un'allocazione delle risorse basata sul principio di uguaglianza. In realtà la discriminazione tra le diverse istituzioni religiose è stato ancora possibile: l'eguale indennità era prevista solo per le istituzioni della stessa categoria, mancando un obbligo di uguaglianza tra istituzioni di categorie diverse. Nel caso *Ma'ale*, un'associazione no profit che si occupava di organizzare servizi religiosi e attività culturali per avvicinare la *Torah* al popolo di Israele lamentava davanti la Corte il rigetto di una richiesta di finanziamento (H.C. 4346/92 "*Ma'ale*", *the Center of Religious Zionism v. the Education and Culture Minister*, (1992) 4 (5) P.D. 590). Nel caso specifico la Corte suprema respingeva la richiesta, ritenendo legittima l'esclusione dal finanziamento poiché l'associazione non rientrava all'interno della categoria delle istituzioni che potevano godere e ritenne garantito il principio di uguaglianza nella distribuzione dei finanziamenti. Nel 1995 la questione si ripropose quando si pubblicò un report sui finanziamenti che dimostrava che il ministero aveva favorito alcune istituzioni religiose ebraiche rispetto altre, spinto dai legami politici esistenti tra le istituzioni religiose e i partiti politici. La dottrina evidenzia che se si interpretasse il significato del termine "ebraico" come tradizione e non nel suo significato religioso, si potrebbe realizzare più facilmente un sistema di finanziamento equo nei confronti di tutte le istituzioni e non solo a favore di quelle legate ai partiti politici rappresentanti i movimenti religiosi. Vd. S. SHETREET, *State and Religion: Funding of Religious Institutions – the Case of Israel in Comparative Perspective*, in 13 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*, 1999, pp. 442 ss. B. MEDINA, *Enhancing Freedom of Religion Through Public Provision of Religious Services: the Israeli Experience*, in 39 *Isr. L. Rev.*, 2006, pp. 127 ss. Sulla discriminazione in ordine alla distribuzione dei fondi tra le istituzioni ebraiche e quelle arabo palestinesi cfr. M.M. KARAYANNI, *The Separate Nature of the Religious Accommodations for the Palestinian – Arab Minority in Israel*, in 5 *Nw Univ. J. Int'l Hum. Rts.*, 2006-2007, pp. 55 ss.; O. LIVIATAN, *Judicial cit.*, pp. 613 ss.

⁴⁶ Vd. la *Prohibition of Opening Places of Entertainment on Tisha'abe Av Law*, 1997, la *Day of Rest Ordinance*, 1948 e la *Martyrs' and Heros' Remembrance Day Law*, 1959.

⁴⁷ *Kashrut (Prohibition of Deceit) Law*, 1983, *Kosher Food for Soldiers Ordinance*, 1948; *Phylacteries and Mezuzot (Prevention of Cheating) Law*, 1974.

⁴⁸ L'art. 2 della *State Education Law* 1954 evidenzia l'obiettivo dello Stato di predisporre un sistema di istruzione basato sui valori della tradizione ebraica: "*the object of State education is to base education in the State on the values of Jewish culture and*

stema di istruzione è infatti sotto il controllo dei movimenti religiosi e la suddivisione del sistema scolastico riflette l'eterogenea natura del credo religioso sia all'interno della maggioranza ebraica, sia tra la maggioranza ebraica e le minoranze religiose⁴⁹.

È interessante notare come parte della dottrina israeliana considera il privilegiato riconoscimento di elementi della tradizione ebraica all'interno dello Stato israeliano non in termini di influenza della sfera religiosa nell'ambito statale, ma come condivisione di elementi culturali appartenenti alla tradizione comune del popolo ebraico. L'elemento religioso viene considerato come parte della cultura di tale popolo, collegato alle sue origini etniche, linguistiche, socio-politiche⁵⁰. La definizione di Israele come Stato ebraico non si riferirebbe necessariamente all'identità religiosa, ma alla più ampia categoria dell'identità nazionale in cui la precedente risulta compresa⁵¹.

the achievements of science, on love of the homeland and loyalty to the State and the Jewish people, on consciousness of the memory of the Holocaust and heroism, on practice in agricultural work and handicraft, on chalutzic (pioneer) training, and on striving for a society built on freedom, equality, tolerance, mutual assistance and love of mankind".

⁴⁹ Questo desiderio di autonomia dell'educazione religiosa dipende anche dal fatto che in Israele la religione riguarda la totalità degli aspetti della vita, motivo per cui l'educazione religiosa non è limitata a specifici corsi. Il sistema scolastico, oltre a disciplinare l'istruzione pubblica e privata, prevede la distinzione tra le strutture ebraiche e quelle arabe. A sua volta all'interno del settore ebraico si distinguono le scuole statali che seguono l'ideologia sionista secolare e le scuole statali religiose. A queste si affiancano le scuole private ebraiche, affiliate ai diversi movimenti religiosi soprattutto ortodossi. Il programma di insegnamento religioso cambia a seconda della tipologia di scuola. L'insegnamento della Bibbia viene effettuato in tutte le scuole ebraiche, anche se cambia l'obiettivo: nelle scuole statali secolari l'obiettivo dell'insegnamento non è di trasmettere la fede religiosa ma i valori culturali, storici, linguistici. Sul carattere non monolitico della religione ebraica e sull'esistenza di diversi orientamenti interpretativi vd. G.M. STEINBERG, *Interpretations of Jewish Tradition on Democracy, Land and Peace*, in 43 *J. Church & St.*, 2001, pp. 104 ss. Sulla distinzione in correnti della religione ebraica cfr. B.E. GENUT, *Competing* cit., 2151. L'Autore distingue tre diverse correnti: gli ortodossi, i conservatori e i riformisti; ognuna delle quali interpreta i comandamenti biblici in modo differente. Il settore scolastico arabo, invece, non ha una chiara divisione tra scuole statali secolari e scuole statali religiose. Cfr. S. GOLDSTEIN, *Israel* cit., 152; Id., *The Teaching of Religion in Government Funded Schools In Israel*, in 26 *Isr. L. Rev.*, 1992, pp. 48 ss.

⁵⁰ Cfr. R. LAPIDOTH, *Freedom* cit., 442. S. GOLDSTEIN, *The Teaching* cit., 36.

⁵¹ S. SHETREET, *State* cit., 436. Due esempi diversi vengono fatti per illustrare la difficoltà di separare l'elemento religioso e quello nazionale nella cultura ebraica: le restrizioni concernenti l'allevamento di suini e quelle derivanti dalla festa dello *Shabbat*. Queste restrizioni sono spesso supportate anche da coloro che non osservano nè la dieta ebraica nè la sospensione delle attività. La condivisione viene giustificata trascendendo il significato reli-

Il termine “ebraico” descriverebbe pertanto un'affiliazione culturale e storica e non individuerebbe necessariamente la scelta consapevole in ordine all'appartenenza alla comunità religiosa⁵². Anche le numerose immigrazioni di ebrei provenienti dall'Unione sovietica avvenute negli anni '70 e '90 hanno contribuito all'elaborazione del concetto di popolo israeliano distinto da quello ebraico. La *Law of Return* ha infatti permesso il ritorno in Israele di tutti gli ebrei, ma l'estensione del diritto di ritorno anche ai figli, coniugi e nipoti di ebrei fino a comprendere le terze generazioni ha contribuito a far tornare in Israele anche molte persone che non avevano una reale affinità religiosa e linguistica. I russi ebrei si sono, comunque, integrati nella società israeliana contribuendo alla ridefinizione dello Stato israeliano. In tal senso si osserva come per la maggior parte degli immigranti il fattore unificante sia il carattere ebraico dello Stato inteso non secondo la corrente religiosa ortodossa, ma in senso etnico-nazionale. Questo non ha escluso la condivisione delle tradizioni ebraiche, interpretate in senso culturale e non religioso, quali la partecipazione alle festività ebraiche o la frequentazione del sistema scolastico religioso.

L'obiettivo di preservare in via prioritaria gli interessi linguistici, culturali, religiosi del popolo ebraico si concilia non senza difficoltà con il carattere democratico che accompagna la definizione dello Stato israeliano⁵³ anche perché, nonostante la prevalenza demografica della popolazione ebraica, la società israeliana si caratterizza per la coesistenza di diversi gruppi etnici aderenti a diverse religioni⁵⁴, che parlano diverse lin-

gioso e collegandone il significato al comune sentire. Concorda sulla condivisione delle tradizioni ebraiche da intendersi in senso secolare, etnico-nazionale e non come appartenenza religiosa A. YAKOBSON, *Joining the Jewish People: Non-Jewish Immigrants from the Former URSS, Israeli Identity and Jewish Peoplehood*, in 43 *Isr. L. Rev.*, 2010, 227. In ordine alla difficoltà di distinguere spesso nella legge israeliana l'elemento religioso da quello nazionale vd. S. GOLDSTEIN, *Israel* cit., 154.

⁵² Sul legame tra la religione e l'origine etnica, linguistica e culturale cfr. R. LAPIDOTH, *Freedom*, 442. Sottolinea come le comunità nominalmente religiose siano in realtà gruppi etnico-religioso-nazionali S. GOLDSTEIN, *Israel* cit., 145.

⁵³ Sull'egemonia degli interessi del popolo ebraico nello stato di Israele cfr. M.M. KARAYANNI, *In the Best Interests* cit., 145 ss.

⁵⁴ Cfr. R. LAPIDOTH, *Freedom* cit., 442., S. GOLDSTEIN, *Israel* cit., 145. Le comunità religiose-etnico-nazionali ufficialmente riconosciute in Israele sono gli ebrei, i musulmani, i drusi, i bahai e le differenti comunità cristiane: greco-cattolica, makahita, maronita, siriano-ortodossa, cattolica, gregoriano-armena, cattolico-armena, siriano-cattolica, casadita-unianita. La popolazione israeliana è distinta fondamentalmente in due gruppi: gli ebrei e il gruppo minoritario arabo, anche se ci sono altri piccoli gruppi minoritari di cittadini che però non sono percepiti come realtà separate. Cfr. A. YAKOBSON, *Joining* cit., pp. 221 ss.

gue e che hanno proprie tradizioni culturali e sociali. La *Citizenship Law*, infatti, oltre a prevedere l'automatico riconoscimento della cittadinanza israeliana per gli ebrei, individua altre tre modalità di acquisizione della cittadinanza: la residenza⁵⁵, la nascita da genitore israeliano⁵⁶ e la naturalizzazione⁵⁷.

⁵⁵ In ordine all'acquisizione della cittadinanza tramite residenza cfr. cfr. A. SHACHAR; *Whose Republic?* cit., pp. 247 ss. Secondo l'art. 3 della *Law of Citizenship* per acquisire la cittadinanza tramite residenza erano necessari cumulativamente i seguenti requisiti: la residenza, la presenza continuativa in Israele dopo la costituzione dello Stato nel 1948 e l'iscrizione nel Registro della popolazione del 1951. La politica del governo israeliano è stata di limitare il riconoscimento della cittadinanza nei confronti degli arabi che avevano lasciato la propria residenza durante la guerra del 1948, accordando la cittadinanza solo a coloro che, non ebrei, erano rimasti in Israele dopo la costituzione dello Stato. Durante gli anni '50 la Corte suprema si è raramente discostata dall'orientamento di negare la cittadinanza agli arabi che non potevano provare la continuità della residenza, anche se erano stati allontanati durante la guerra del 1948. Nel 1960 con il caso *Mussa* (H.C. 328/60, *Mussa v. Minister of Interior*, 16 P.D. 1793) la Corte ha cambiato orientamento, non ritenendo più necessario ai fini dell'acquisizione della cittadinanza in base all'art. 3 la residenza ininterrotta. In questo modo chi aveva lasciato Israele durante la guerra del 1948 poteva ottenere la cittadinanza israeliana, anche se la residenza era stata interrotta durante la guerra. Nel 1980 il Parlamento ha approvato un emendamento della *Law of Citizenship* con cui si è riconosciuto retroattivamente a coloro che erano stati residenti, ma che non potevano provare la continuità durante la guerra, la cittadinanza israeliana sin dal 1948, estendendo tale diritto anche nei confronti dei figli, tramite il riconoscimento dello *ius sanguinis*. Questo riconoscimento non si estende nei confronti di chi risiede nella Striscia di Gaza, il cui *status* non è riconducibile né alla cittadinanza né alla residenza. Sulla politica israeliana nei confronti della popolazione araba durante le ostilità manifestatesi subito dopo la costituzione dello Stato israeliano cfr. J. QUIGLEY, *Apartheid* cit., 221. L'Autore, tra l'altro, si sofferma sulla *Specified Good Tax and Luxury Tax Law* 1952 che autorizzava il Ministero delle finanze ad individuare delle categorie di persone nei confronti delle quali agevolare il ritorno. Sulla base di tale legge il Ministero emanava il *Purchase Tax Order* 1975 che prevedeva minori doveri nei confronti dei "returning national" rispetto invece a quanto previsto per i "returning resident". La definizione dei primi includeva chi non era cittadino israeliano ma nei cui confronti poteva applicarsi la *Law of Return*: si trattava quindi solo di ebrei, mentre per gli arabi era prevista una disciplina più severa per il dazio doganale. Cfr. J. QUIGLEY, *Apartheid* cit., pp. 230 ss.

⁵⁶ Cfr. A. SHACHAR; *Whose Republic?* cit., 252 ss. Secondo la *Law of Citizenship* chiunque nasce in Israele da madre o padre israeliano acquista la cittadinanza. L'Autore sottolinea come tale modo di acquisizione della cittadinanza prescinda del tutto da come i genitori a loro volta abbiano ottenuto la cittadinanza e dal loro essere ebrei o arabi. Viene altresì riconosciuta la cittadinanza israeliana a chi sia figlio di genitori israeliani, indipendentemente dal luogo di nascita.

⁵⁷ Sull'acquisizione della cittadinanza per naturalizzazione e sui requisiti richiesti, non essendo in questo caso automatico ottenere la cittadinanza cfr. A. SHACHAR; *Whose Republic?* cit., pp. 254 ss.

Fondamentalmente i cittadini israeliani sono distinti in due gruppi: la popolazione ebraica e il gruppo minoritario arabo a cui sono garantite la libertà di religione, scolastica e linguistica⁵⁸. La presenza di tale minoranza all'interno della popolazione israeliana è un elemento importante ai fini della definizione di Israele come Stato non solo ebraico, ma anche democratico⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. M. AMARA, A. MARI'I, *Language Education Policy: The Arab Minority in Israel*, Kluwer, The Hague, 2002, pp. 10 ss.; M. AMARA, *Politics and Sociolinguistic Reflexes. Palestinian Border Villages. Studies in Bilingualism*, Ed. S. Benjamins Publishing Co., Amsterdam, 1999, pp. 90 ss. Nonostante il riconoscimento ufficiale sia della lingua ebraica sia dell'araba, l'uso di quest'ultima è decisamente marginale rispetto alla prima, mentre è senz'altro più diffuso l'uso della lingua inglese. Questo non solo per la globalizzazione dell'uso di tale lingua, avvenuta in tutto il mondo, ma anche perché l'inglese è una delle lingue più usate dagli ebrei della Diaspora. Inoltre si sottolinea come durante il mandato britannico le lingue più usate erano, in tale ordine, l'inglese, l'arabo e l'ebraico (art. 82 *the King's Order*). Dopo la fondazione dello Stato di Israele l'ebraico è diventata la lingua prevalente. Al di là del fatto che la lingua ebraica sia la più parlata dalla popolazione israeliana, si deve considerare che lo stesso Stato conferisce maggiore importanza a questa lingua rispetto all'arabo. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla *Citizenship Law*, 1952 che all'art. 5 richiede la conoscenza della sola lingua ebraica come condizione per acquisire la cittadinanza; alla *Chamber of Advocates Law*, 1956, art. 26.3 che richiede anch'essa una sufficiente conoscenza dell'ebraico per potersi iscrivere all'albo come avvocato, non facendo menzione alla lingua araba. Nel caso H.C. 105/98 *Re'em Contracting Engineers Ltd. v. Municipality of Upper Nazareth* P.D. 47 (5), 214 la Corte suprema ha affermato che nonostante l'arabo sia una lingua ufficiale, è comunque una lingua secondaria che non obbliga l'amministrazione ad usarla per i suoi annunci ufficiali se non tenuto conto del luogo e delle materie. Cfr. anche M.M. KARAYANNI, *In the Best Interests* cit., 141 ss. L'Autore evidenzia come Israele sia definibile come uno Stato-nazione che riconosce uno *status* egemonico agli interessi degli ebrei rispetto agli altri cittadini. Primario obiettivo dello Stato dovrebbe essere di servire tutti i cittadini indipendentemente dalla identità religiosa o etnica: in uno Stato-nazione lo Stato riconosce degli interessi prioritari rispetto al resto della popolazione. Lo Stato non è concepito né pretende di essere neutrale riguardo l'identità dei suoi cittadini, al contrario lavora attivamente per promuovere la sicurezza, la lingua, la cultura e gli interessi della maggioranza nazionale. L'Autore evidenzia come in ordine agli arabi siano state emanate norme a garanzia della lingua, del sistema scolastico, della religione, ma che questo riconoscimento è condizionato dall'aspettativa che non ostacolerà la supremazia degli interessi dei cittadini ebrei.

⁵⁹ Sull'identità degli arabo-israeliani cfr. M.S. WATTAD, *Israeli Arabs: Between the Nation and the State*, in 6 *Indigenous L.J.*, 2007, pp. 179 ss. Si affronta, in particolare, la differenza tra il concetto di "statehood" e di "nationhood" per differenziare il diverso legame esistente tra gli ebrei e gli arabi con lo Stato israeliano, rimarcando sempre come gli arabo - israeliani siano da considerarsi pienamente cittadini dello Stato. L'Autore inoltre si sofferma sull'importanza che per l'effettiva realizzazione del prin-

Eppure esiste un forte dissonanza tra lo *status* legale e quello socio-politico della popolazione araba in Israele⁶⁰.

La dottrina è concorde nel ritenere che la definizione di “Stato democratico” implichi tanto le caratteristiche della democrazia formale basata sul riconoscimento del suffragio universale e sulla garanzia di libere e periodiche elezioni del Parlamento, quanto la condivisione dei valori che devono sottendere ad un sistema democratico quali la separazione dei poteri, l’indipendenza del giudiziario, la garanzia dei diritti umani, la *rule of law*⁶¹.

Sia la dottrina che la giurisprudenza della Corte suprema concordano sull’idea che il punto di equilibrio tra il concetto di Stato ebraico e quello di Stato democratico vada cercato caso per caso, data la difficoltà di trovare una definizione generalizzata valevole per tutte le circostanze. È quindi in sede interpretativa che va ricercato un compromesso in modo da conciliare il significato dei due termini; si tratta pertanto di aderire ad un approccio pragmatico che consenta di bilanciare di volta in volta il carattere ebraico e quello democratico dello Stato⁶².

Il principio democratico sia necessario che la società rispetti i diritti delle minoranze e che a sua volta le minoranze abbiano un dovere di lealtà nei confronti dello Stato. Sul concetto della cittadinanza israeliana in senso civico e non come appartenenza religiosa, cfr. A. YAKOBSON, *Joining* cit., pp. 229 ss. in cui si evidenzia come il concetto di cittadinanza israeliana, includendo anche la minoranza araba, non possa essere inteso come comune identità nazionale.

⁶⁰ Cfr. I. SABAN, M. AMARA, *The Status of Arabic in Israel: Reflections on the Power of Law to Produce Social Change*, in 36 *Isr. L. Rev.*, 2002, pp. 5 ss.

⁶¹ Cfr. A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2006, pp. 23 ss. Sull’importanza dell’indipendenza del sistema giudiziario cfr. A. ZYBLAT, *The System* cit., pp. 11 ss. In particolare sulla combinazione nel sistema israeliano tra la tradizione ebraica e quella occidentale cfr. G.M. STEINBERG, *Interpretations* cit. pp. 93 ss. In modo critico J. GOODMAN, *Divine Judgment: Judicial Review of Religious Legal Systems in India and Israel*, in 32 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.*, 2009, pp. 477 ss., osserva che in Israele manca il rispetto dei diritti fondamentali e della libertà di religione e come tale dubita della realizzazione della democrazia sostanziale.

⁶² Cfr. T. GROPPI, *La giustizia* cit., 267. Sull’importanza di un approccio pragmatico caso per caso vd. C. KLEIN, *La démocratie* cit., pp. 292 ss. Nel caso *Shefer* la Corte suprema ha ribadito che il carattere ebraico e democratico dello Stato di Israele va interpretato in modo da ricreare una sintesi, cfr. C.A. 506/88 *Shefer v. State of Israel*, (1993) 48 (1) P.D. 87, 105 in M. ELON, *The Values of a Jewish and Democratic State: the Task of Reaching a Synthesis*, in A.E. KELLERMAN, K. SIEHR, T. EINHORN, *Israel* cit., pp. 206 ss. Per una critica all’approccio paternalistico del giudice Elon, non valorizzante il principio dell’autonomia personale cfr. Y.S. KAPLAN, *The Right of a Minor in Israel to Participate in the Decision-Making Process Concerning His or Her Medical*

Diverse interpretazioni sono state rese dai giudici della Corte suprema, nel corso del tempo, in ordine all'interpretazione di questi due caratteri. Il giudice Barak ha sottolineato come debba operarsi una sintesi tra i due termini. La definizione di Israele come Stato ebraico non deve essere inteso in senso religioso, rimandando al diritto degli ebrei di immigrare nel territorio israeliano e alla centralità che la loro nazionalità costituisce per lo Stato. I valori fondamentali dell'ebraismo sono i valori fondamentali dello Stato, ma questi valori devono essere interpretati secondo un livello universale di astrazione, contemperandosi con il carattere democratico dello Stato⁶³.

Differentemente il giudice Elon sostiene che il carattere ebraico dello Stato determinerebbe l'obbligo da parte dei giudici di ricercare nelle fonti del diritto ebraico il significato da attribuire ai valori garantiti nelle leggi fondamentali sui diritti. Nell'interpretare, quindi, i diritti previsti nelle leggi fondamentali bisogna esaminare il significato attribuito ai valori che sottendono i diritti stessi secondo il diritto religioso per coglierne il senso. Solo dopo aver determinato il significato conforme al diritto religioso si deve trovare una sintesi tra la tradizione ebraica e il sistema democratico. In tal modo viene valorizzata la centralità della tradizione ebraica rispetto al carattere democratico dello Stato⁶⁴.

Secondo invece il giudice Cohn la definizione "Stato ebraico e democratico" implica che l'interprete deve individuare tra i principi della tradizione ebraica solo quelli appropriati in una società democratica, anche se riconosce che i valori della tradizione ebraica generalmente non sono in contrasto con quelli di una società democratica. In caso comunque ci fosse un contrasto devono prevalere i valori democratici.

Vi è da sottolineare, inoltre, che sia le due leggi fondamentali sui diritti del 1992 sia l'emendamento 9 che ha modificato l'art.7A della legge fondamentale sulla *Knesset* non hanno usato più l'espressione

Treatment, in 25 *Fordham Int'l L.J.*, 2001-2002, pp. 1124 ss. Sui casi giurisprudenziali successivi e sulla *Dying Patient Law*, 2005 approvata dal Parlamento per disciplinare la lacuna normativa sui trattamenti medici terminali, cfr. C. SHALEV, *End-of-Life Care in Israel – the Dying Patient Law*, 2005, in 2 *Isr. L. Rev.*, 2009, pp. 279 ss.

⁶³ Cfr. C. KLEIN, *La démocratie* cit., 287. A. BARAK, *La Révolution Constitutionnelle: La Protection des Droits Fondamentaux*, in *Pouvoirs*, 72, 1995, pp. 17ss.

⁶⁴ Cfr. M. ELON, *The Values* cit., pp. 177 ss.

“*State of the Jewish people*”, ma direttamente quella di “*Jewish and democratic State*”, come a volere sintetizzare i due principi.

Il riferimento dell’art.7A unicamente al popolo ebraico era stato infatti oggetto di numerose critiche poiché considerato contrastante con la democraticità dello Stato israeliano, ignorando lo *status* dei cittadini israeliani non ebrei.

Sembra, inoltre, interessante notare che mentre nella originaria formulazione l’art.7A individuava come alternative, ai fini della dichiarazione di esclusione delle liste dei candidati, la negazione della democraticità dello Stato e la negazione del carattere ebraico dello Stato, con la disposizione emendata si è provveduto ad inserirli entrambi all’interno della medesima clausola di esclusione⁶⁵. Da ciò si fa discendere la necessità di un’interpretazione della disposizione normativa che debba tenere conto di entrambi i principi⁶⁶.

Il bilanciamento tra i due concetti non sempre è agevole: alcuni principi religiosi mal si adeguano ad un sistema democratico, tanto che si suole parlare di coercizione religiosa per evidenziare l’influenza dei precetti religiosi nel sistema normativo secolare. Diverse leggi disciplinano infatti divieti di matrice religiosa, che possono contrastare con un sistema democratico. Si fa riferimento al divieto di importare carne non *kosher*⁶⁷ o al divieto di allevare suini – da collegarsi, seppure indirettamente con il divieto religioso di mangiarne la carne – che limitano l’economia di mercato⁶⁸; ai divieti imposti alla circolazione dei pubblici trasporti nei giorni di sabato e delle feste che limitano la libertà di mo-

⁶⁵ Cfr. N. ROUHANA, N. SULTANY, *Redrawing the Boundaries of Citizenship: Israel’s New Hebronomy*, in *Journal of Palestine Studies*, 2003, vol. 33, 1, pp. 5 ss.

⁶⁶ Cfr. N. ROUHANA, N. SULTANY, *Redrawing* cit., pp. 5 ss.

⁶⁷ *Kosher* significa adatto, buono. Un cibo è *kosher* quando è preparato nel rispetto delle norme alimentari ebraiche. *Kasherut* è pertanto la normativa derivante dalla *Torah* che impone tali regole quali il divieto di mangiare alcuni animali, tra cui suini, equini, cammelli, conigli, lepri, molluschi e alcuni tipi di pesce; quello di consumare animali non uccisi secondo una tecnica rituale particolare, la *shekbità*, il divieto di mescolare carne e latticini.

⁶⁸ Cfr. H.H. COHEN, *Religious* cit., 87. L’Autore sottolinea come diversamente dall’Arabia Saudita e dall’Iran dove il divieto di mangiare carne di maiale costituisce un reato penale, in Israele non c’è un divieto da parte delle leggi secolari. Però il Parlamento ha emanato una legge che vieta l’allevamento di maiali, rendendo così impossibile trovare tali animali nel territorio dello Stato (*Raising of Pig Prohibition Act*, 1962).

vimento⁶⁹. Si fa riferimento allo *Shabbat*, momento centrale della tradizione ebraica in quanto è il giorno del riposo in cui non si possono compiere attività lavorative e produttive. Secondo parte della dottrina si tratterebbe di un esempio di integrazione tra il carattere ebraico e democratico dello Stato: Israele in quanto Stato ebraico rispetta le festività religiose e dispone la chiusura degli uffici pubblici e la sospensione del trasporto urbano nazionale. In quanto Stato democratico, durante lo *Shabbat*, non viene però impedita la circolazione privata⁷⁰. Si prevede inoltre che, nelle aree in cui la popolazione non ebrea costituisce almeno il 25%, gli abitanti non ebrei possano osservare il riposo settimanale in un altro giorno⁷¹. Secondo un diverso orientamento i divieti connessi a tale festa (dalla sospensione del trasporto pubblico alla chiusura di negozi o teatri) mal si conciliano con i principi democratici, tenuto conto che una parte dei cittadini israeliani non sono ebrei.

4. Il diritto religioso ebraico nel sistema normativo israeliano

Si possono individuare diverse modalità in cui il diritto religioso ebraico rileva all'interno del sistema delle fonti dell'ordinamento israeliano.

4.a Il diritto religioso ebraico e i principi fondamentali della tradizione di Israele

La *Foundations Law Act*, 1980 nell'individuare le fonti dell'ordinamento israeliano menziona anche i principi di libertà, giustizia, equità e pace della tradizione d'Israele. La vaghezza di tale espressione

⁶⁹ Cfr. S. BALDIN, *La rilevanza* cit., 102. Numerosi sono i casi di intervento della Corte suprema per bilanciare il carattere ebraico dello Stato e i valori democratici, per una completa analisi cfr. S. BALDIN, *La rilevanza* cit., pp. 111 ss.; S. BALDIN, *I valori ebraici nella normativa e nella giurisprudenza israeliana*, in *DPCE*, 2005, 1, pp. 305 ss.

⁷⁰ Sul bilanciamento tra il sentimento religioso e la libertà di movimento vd H.H. COHN, *Religious* cit., pp. 89 ss.; G.M. QUER, *Democrazia e diritti umani in Israele*, Proedi ed., Milano, 2006, pp. 18 ss.; D. KRETZMER, *Constitutional* cit., pp. 49 ss.

⁷¹ Artt. 9 e 9 A, *Hours of Work and Rest Law*, 1951. La Corte suprema ha ribadito che bisogna bilanciare gli interessi della popolazione religiosa che desidera festeggiare lo *Shabbat* e la libertà degli individui di scegliere come trascorrere il giorno del riposo, in *Israel Theaters Ltd. V. Netanya Municipal Council*, 47 (3), P.D. 192 (1991), in H.H. COHEN, *Religious* cit., 101.

ha permesso l'elaborazione nella dottrina israeliana di due diversi orientamenti sia in ordine al contenuto di tali principi sia in ordine all'ambito applicativo.

Da una parte si sostiene che i principi derivanti dalla tradizione di Israele coincidono con i precetti del diritto religioso ebraico⁷². Secondo il giudice Elon tali principi costituiscono sempre una fonte di interpretazione e di ispirazione per i giudici, eccetto nel caso in cui la legge da interpretare esplicitamente contraddica il diritto religioso. Il senso della disposizione sarebbe di permettere alle corti di usare i principi dell'eredità ebraica nell'interpretare le leggi ogni volta che ci sia un'incertezza interpretativa e non di determinare una gerarchia tra le fonti⁷³.

Secondo, invece, il giudice Barak i principi richiamati nella *Foundations Law* hanno un contenuto più ampio, corrispondente ai valori universali comuni a tutte le società democratiche⁷⁴, avrebbero un carattere suppletivo, rilevante unicamente in caso di lacune normative⁷⁵, solo dopo aver fatto ricorso alle altre fonti richiamate nella disposizione.

In mancanza di un unico testo costituzionale come accordo condiviso su un insieme di valori, la ricerca dei principi fondamentali dell'ordinamento israeliano va effettuata in altri documenti. In particolare, si fa riferimento alla Dichiarazione di indipendenza che richiama i principi a cui dovrà conformarsi il nuovo Stato.

⁷² Cfr. *Joseph Jerecewski v. Prime Minister*, 45 (1) P.D. 749, in S. NAVOT, *Constitutional* cit., 71; M. ELON, *The Values* cit., 204: "the purpose of the Foundations of the Law Act is cultural and nationalistic. Its aims are to create a link between the law of the Jewish State and the legal heritage of the Jewish people, throughout its generations and diasporas, and to implement the principles of justice, equity, freedom and peace that Jews have forested throughout the generations and that have been expressed in the rich literature of the Jewish heritage in every generation". Per il secondo orientamento cfr. il giudice Barak in S. BALDIN, *La rilevanza* cit., 97. Vd. anche T. GROPPI, *La giustizia costituzionale*, in T. GROPPI, E. OTTOLENGHI, A. M. RABELLO (a cura di), *Il sistema* cit., 270.

⁷³ Cfr. M. ELON, *The Values* cit., 177 ss.

⁷⁴ Cfr. C. KLEIN, *La démocratie* cit., 288; S. BALDIN, *I valori* cit., 303.

⁷⁵ Cfr. D. SINCLAIR, *Jewish* cit., 412; M. ELON, *The Values* cit., 186. Il giudice Elon ribadisce che il richiamo all'eredità ebraica non vada però limitato solo nei casi di lacuna del diritto, ma che vada estesa nell'interpretazione di termini giuridici generali quali la buona fede e l'ordine pubblico. Tale interpretazione dovrebbe quindi avvenire in conformità con i principi ricavabili dall'eredità ebraica, prima di fare riferimento ad altri significati.

Si è molto discusso, sia in dottrina sia in giurisprudenza, sul valore giuridico concernente la parte della Dichiarazione di indipendenza che individua i principi fondamentali⁷⁶. La Corte suprema ha più volte riconosciuto l'importanza di tale documento in sede interpretativa, in quanto espressione dei valori del popolo israeliano⁷⁷, come è accaduto nel giudizio *Kol Ha'am v. Ministero of Interior*⁷⁸. Il caso riguardava la sospensione della pubblicazione di un giornale filo comunista, il *Kol ha'am*, ordinata dal Ministero dell'Interno in base alla *Emergency Regulations*⁷⁹ per avere criticato il governo e, di conseguenza, avere causato una situazione di pericolo per l'ordine pubblico. La Corte suprema aveva provveduto ad annullare l'ordine sospensivo perché in contrasto con il diritto fondamentale della libertà di espressione, richiamando il concetto di democrazia espresso nella Dichiarazione di indipendenza come principio guida nell'interpretazione delle leggi. La Corte, infatti, asseriva che nell'interpretare le leggi bisognava preferire l'interpretazione più consona per un'effettiva tutela dei diritti fondamentali. L'aspetto interessante è che il fondamento della tutela della libertà di espressione non veniva trovata in un testo costituzionale o in catalogo di diritti, ma nella natura democratica dello Stato di Israele⁸⁰.

Il valore della Dichiarazione è stato, poi, riconosciuto sia dalla legge fondamentale sulla libertà di occupazione sia dalla legge fondamen-

⁷⁶ Sul valore giuridico delle diverse parti della Dichiarazione di indipendenza vd. A.M. RABELLO, *Costituzione* cit., pp. 26 ss. L'Autore distingue la Dichiarazione in quattro parti ed evidenzia che solo la seconda parte, che contiene la proclamazione della creazione dello Stato di Israele, ha un valore normativo. La Dichiarazione, inoltre, ha un'introduzione in cui si narrano le vicende del popolo israeliano e la lotta per il riconoscimento dello Stato di Israele: a questa parte del documento non viene riconosciuto un valore giuridico, ma è considerata un importante strumento interpretativo, in particolare per cogliere il significato del carattere ebraico dello Stato di Israele.

⁷⁷ La Corte suprema ha più volte ribadito l'importanza della Dichiarazione quale strumento interpretativo. Si segnala l'opinione del giudice Levine della Corte suprema che nel caso *Mizrachi* ha evidenziato come la Dichiarazione possa considerarsi il fondamento normativo autonomo di tutti i diritti fondamentali dell'uomo non previsti nelle due leggi fondamentali sui diritti del 1992. Questa opinione è rimasta però minoritaria. Cfr. C.A. 6821/93 *United Mizrahi Bank v. Migdal Collective Village*, (1993), 49 (4) P.D. 221. La Corte ha però più volte espresso l'opinione che la Dichiarazione non si possa considerare alla stregua di una legge costituzionale. Cfr. S. GOLDSTEIN, *Israel: a Secular or a Religious State?*, in 36 *St. Louis U.L.J.*, 1991-1992, 160.

⁷⁸ HC 73/53 *Kol Ha'am v. Minister of Interior* (1953), 7 P.D. 165.

⁷⁹ *Defense Emergency Regulations*, 1945, Palestine Gazette n. 1442, 1055, suppl. 2, 1945, vd B.E.GENUT, *Competing* cit., 2148.

⁸⁰ Cfr. B.E.GENUT, *Competing* cit., pp. 2147 ss.

tale sulla dignità e libertà della persona. In entrambe si dispone che i diritti fondamentali dell'uomo si basano sul riconoscimento del valore dell'uomo, della sua vita e della sua libertà, nello spirito dei principi contenuti nella Dichiarazione di indipendenza dello Stato di Israele⁸¹. Pertanto, i principi fondamentali, in quanto richiamati nelle *Basic Laws*, hanno acquisito una valenza giuridica costituzionale.

4.b La riserva a favore del diritto religioso ebraico. Le corti religiose

Nelle materie riguardanti il matrimonio e il divorzio⁸² il diritto ebraico diventa fonte all'interno dell'ordinamento giuridico israeliano per incorporazione diretta nel diritto positivo. In questo caso si opera un riferimento esplicito alla *Halachà*, che rileva come fonte normativa in quanto riprodotta in una legge ordinaria della *Knesset*: la norma del diritto ebraico diventa pertanto norma dello Stato. In particolare si fa riferimento alla legge israeliana del 1953 sulla giurisdizione dei tribunali rabbinici⁸³ che stabilisce nell'art. 1 che "i matrimoni e i divorzi di ebrei in Israele, cittadini o residenti dello Stato, sono di competenza esclusiva dei Tribunali rabbinici. I matrimoni e i divorzi degli ebrei si effettuano conformemente alla legge della *Torah*". Pertanto la legge *halachica* è interamente incorporata nel diritto dello Stato, con la determinazione della competenza esclusiva dei tribunali religiosi nelle materie indicate. È comunque con una legge del Parlamento israeliano, organo costituzionale secolare, che si è statuito su tale incorporazione e sulla giurisdizione delle corti rabbiniche.

La previsione di riservare al diritto religioso la disciplina delle materie inerenti allo *status personae* non è una novità, ma risale già al periodo pre-mandatario, secondo quanto previsto nel sistema legale vigente durante l'impero ottomano, che affidava al sistema religioso di appartenenza la regolamentazione di queste materie e, conseguente-

⁸¹ Art. 1 legge fondamentale sulla libertà di occupazione; art.1 legge fondamentale sulla libertà e dignità della persona. Vd. R. LAPIDOTH, *Freedom* cit., 445.

⁸² Sul matrimonio, divorzio e bioetica nel diritto ebraico cfr. A.M. RABELLO, *Introduzione* cit., pp. 93 ss.; ID., *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in A.M. RABELLO, R. ALUFFI BECK PECCOZ, A. FERRARI, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 7 ss.; A. ROSEN-ZVI, *Family and Inheritance Law*, in SHAPIRA A., DE WITT-ARAR K.C., *Introduction* cit., pp. 75 ss.

⁸³ *Rabbinical Courts Jurisdiction (Marriage and Divorce) Law*, 1953. Cfr. A.M. RABELLO, *Introduzione* cit., 133.

mente, anche la risoluzione delle controversie attraverso la giurisdizione di corti religiose⁸⁴.

Durante il mandato britannico, poi, il sistema legale aveva continuato a prevedere la competenza delle corti religiose nella maggior parte delle materie riguardanti lo *status personae* (artt. 51-53 del *Palestine Order in Council*)⁸⁵. Con la fondazione dello Stato di Israele è rimasto in vigore il sistema legale del periodo mandatario (art. 11 della *Law and Administration Ordinance*, 1948) e le materie riguardanti il matrimonio e il divorzio sono rimaste sotto la giurisdizione dei tribunali religiosi⁸⁶, con l'esplicita

⁸⁴ Sottolinea come i diversi gruppi definiti nominalmente musulmani, cristiani o ebrei più che comunità religiose erano gruppi etnico – religiosi – nazionali: l'appartenenza al gruppo religioso era intimamente collegato con l'etnicità e quindi con la nazionalità; S. GOLDSTEIN, *Israel* cit., 144. Sulla comunità ebraica nel periodo precedente la costituzione dello Stato israeliano cfr. B.E. GENUT, *Competing* cit., 2134 ss. La parola "Millet" in lingua turca significa sia "comunità religiosa" sia "popolo" cfr. Enc. Giur., Treccani su www.treccani.it/enciclopedia. Il sistema del *millet* prevedeva l'applicazione della normativa religiosa in materia personale, riconoscendo le comunità religiose e autorizzando le corti religiose ad applicare il diritto. Tale sistema ha contribuito ad unire la comunità familiare e quella religiosa e, di conseguenza, l'identità religiosa a quella etnica. Sull'origine di tale sistema cfr. M.M. KARAYANNI, *In the Best Interests* cit., pp. 136 ss. Sul sistema giudiziario durante l'impero ottomano cfr. F. RESCIGNO, *Scritti* cit., pp. 177 ss.

⁸⁵ Art.51 *Palestine Order in Council*, 1922, *Religious Courts - Jurisdiction of Religious Courts. Definition of Personal Status*. "Subject to the provisions of Articles 64 to 67 inclusive Jurisdiction in matters of personal status shall be exercised in accordance with the provisions of this part by the Courts of the religious communities established and exercising jurisdiction at the date of this order. For the purpose of these provisions matters of personal status mean suits regarding marriage or divorce, alimony, maintenance, guardianship, legitimation and adoption of minors, inhibition from dealing with property of persons who are legally incompetent, successions, wills and legacies, and the administration of the property of absent persons". In vigenza dell'art. 46 del *Palestine Order in Council*, 1922, le fonti del diritto del periodo mandatario erano anche parte del diritto islamico (*Mejelle*), del diritto civile ottomano basato sul codice napoleonico (*Ottoman Civil Procedure Law*, 1879), le ordinanze emanate durante il mandato e i principi di *common law* e di *equity*. Vd. D. SINCLAIR, *Jewish law in the State of Israel*, in N.S. HECHT, B.S. JACKSON, S.M. PASSAMANECK, D. PIATTELLI, A.M. RABELLO, *An Introduction to the History and Sources of Jewish Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 398 ss. Vd. anche A. MAOZ, *The Institutional* cit., 32.

⁸⁶ I tribunali religiosi sono le corti rabbiniche, le *Shariya Courts*, le corti druse e le corti cristiane e bahai. In merito alle corti rabbiniche cfr. D. HACKER, *Religious Tribunals in Democratic States: Lesson from the Israeli Rabbinical Courts*, in 27 *J.L. & Religion* 2011-2012, pp. 59 ss.; A. SCOLNICOV, *Religious* cit., 738.

previsione di tale competenza nella *Rabbinical Courts Jurisdiction (Marriage and Divorce) Law*, 1953.

In particolare sono soggette alla giurisdizione delle corti rabbiniche le questioni relative al matrimonio, alla sua validità e alla sussistenza delle condizioni personali; quelle relative al divorzio, alla sua validità, le azioni di divorzio e l'esecuzione di accordi conclusi in tale sede⁸⁷. Sono considerate connesse alla causa di divorzio quelle questioni che sono preliminari alla decisione finale, sollevabili su istanza di una delle parti e che ineriscono direttamente alla controversia, come i diritti patrimoniali degli ex coniugi in caso di comunione di beni, l'affidamento dei minori, la determinazione degli assegni familiari. Si prevede in tali controversie un differente presupposto per la decisione finale delle corti religiose, poiché se è il marito a presentare l'istanza di divorzio collegando ad essa una questione connessa, la corte rabbinica dovrà, in via preliminare, verificare la buona fede del marito. Differentemente, la moglie non è soggetta ad alcuna restrizione ed ha la facoltà di scegliere di adire la corte rabbinica o le corti civili⁸⁸.

La mancanza della regolamentazione del matrimonio secondo la normativa civile, derivante dalla competenza esclusiva del diritto religioso su tutta la materia inerente al matrimonio e al divorzio, determina la vincolatività dei diversi divieti imposti dalla normativa religiosa quali l'obbligo di celebrazione del matrimonio secondo il rito ortodosso, il divieto di matrimonio tra ebrei e non ebrei in Israele⁸⁹ o il divieto per un *kohen* (sacerdote)⁹⁰ di sposare una donna divorziata o convertita.

⁸⁷ Cfr. S. GOLDSTEIN, A.M. RABELLO, *L'ordinamento giudiziario*, in T. GROPPI, E. OTTOLENGHI, A.M. RABELLO (a cura di), *Il sistema cit.*, pp. 240 ss.

⁸⁸ Cfr. S. GOLDSTEIN, A.M. RABELLO, *L'ordinamento cit.*, 241.

⁸⁹ Il divieto dei matrimoni misti nel diritto ebraico trova il suo fondamento in Deut. 7:4 dove Dio condanna questo matrimonio perché "farebbe allontanare tuo figlio da Me". Rileva come questo divieto religioso sia stato rafforzato dal pericolo che i matrimoni misti rappresentano per la sopravvivenza del popolo ebraico S. FERRARI, *Lo spirito cit.*, 224. Il sistema del *millet* rendeva impossibile il matrimonio tra persone di religioni diverse sulla base della giurisdizione esclusiva delle corti religiose in materia di matrimonio, cfr. M.M. KARAYANNI, *In the Best Interests cit.*, 143. Cfr. S. SMOOHA, *The Model of Ethnic Democracy: Israel as a Jewish and Democratic State*, 8 *Nations & Nationalism*, 2002, 475, che sostiene che il divieto dei matrimoni interreligiosi ha lo scopo di separare le comunità religiose, evitando che Israele possa divenire uno stato multireligioso e multi-etnico. Tale normativa quindi sarebbe strumentale al mantenimento del carattere ebraico dello Stato.

⁹⁰ Un *kohen* è un discendente di Aronne, il fratello di Mosè. I *Kobanim* sono sottoposti a speciali regole religiose per via dei particolari compiti che gli sono attribuiti;

La Corte suprema ha cercato, tramite le sue decisioni, di ridurre la portata degli impedimenti di origine *halachica*, interpretando la legge religiosa in modo tale da rendere possibile la registrazione dei matrimoni vietati dai precetti religiosi. Secondo infatti la legge *halachica* è legale sposarsi anche in assenza del rabbino, purchè ci sia un testimone che attesti lo svolgimento della cerimonia tradizionale. La Corte ha pertanto ordinato che sulla base di tale testimonianza sia possibile ottenere la registrazione della coppia, così eludendo i divieti religiosi. In base a tale interpretazione si è reso possibile il matrimonio tra un *ko-hen* e una donna divorziata o convertita, vietato invece dalla legge religiosa⁹¹.

La Corte ha anche ordinato al Ministero degli Affari Interni di provvedere alla registrazione dei matrimoni tra ebrei e non ebrei contratti all'estero⁹².

Una volta che i precetti religiosi sono incorporati nel diritto statale si è imposto il controllo della Corte suprema anche sui tribunali rabbinici, non senza conflitti tra le diverse corti⁹³. Non esiste, infatti, la possibilità di proporre appello contro le decisioni del più alto grado delle corti religiose. Poiché, però, sono considerate agenzie amministrative le loro decisioni possono essere oggetto di giudizio da parte della Corte suprema con il “*judicial review of administrative action*”. La Corte suprema ha, inoltre, affermato che i principi e le norme contenute nelle leggi fondamentali inerenti ai diritti vincolano anche le corti religiose⁹⁴: sebbene le corti rabbiniche abbiano una giurisdizione esclusiva in materia di matrimonio e di divorzio sono comunque soggette ai principi generali del diritto costituzionale che determinano dei limiti in or-

dovevano avere questa qualifica i preti del Tempio. Secondo la tradizione quando il Tempio sarà ricostruito i *kobanim* potranno continuare a svolgere il loro incarico religioso. Vd. C. KLEIN, *Stato cit.*, 116, nt. 14.

⁹¹ Cfr. B.E. GENUT, *Competing cit.*, pp. 2155 ss.

⁹² H.C. 143/62 *Funk and Schlesinger v. Minister of Internal Affairs*, (1963), 17 P.D. 225.

⁹³ In diverse occasioni la Corte suprema si è trovata a giudicare su decisioni prese dai tribunali religiosi che non si conformano alle leggi emanate dalla *Knesset* che incidono sul diritto di famiglia. Si pensi alla *Women's Equal Rights Law*, 1951, alla *Spouses Property Relations Law*, 1973, alla *Adoption of Children Law*, 1981 e alla *Capacity and Guardianship Law*, 1962.

⁹⁴ Cfr. J. GOODMAN, *Divine (cit.) Judgment: Judicial Review of Religious Legal Systems in India and Israel*, in 32 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2009, 477.

dine all'applicazione del diritto ebraico, anche in materia dello *status* personale⁹⁵.

Nel caso *Yemini*⁹⁶ si può evidenziare il contrasto tra i diversi punti di vista sostenuti dai due organi giudiziari. Secondo la prospettiva della Corte suprema le corti religiose derivano il loro potere dalle leggi emanate dal Parlamento. Sono, pertanto, tenute ad osservare le leggi così come interpretate dalla Corte suprema, nel rispetto della dottrina dello *stare decisis*, anche in caso di contrasto con l'interpretazione religiosa.

Secondo le istituzioni religiose, invece, le corti rabbiniche fondano la loro autorità nel sistema normativo religioso, che precede storicamente lo Stato. Le corti non necessitano di alcun riconoscimento da parte delle leggi secolari, poiché non derivano da esse. Sulla base di tali considerazioni le decisioni della Corte suprema sono considerate come un'arbitraria invasione della loro sfera di giurisdizione⁹⁷.

Anche nel successivo caso *Amir v. Great Rabbinical Court*⁹⁸ la Corte suprema ha statuito che le corti rabbiniche non possono agire come

⁹⁵ HCJ 1000/92 *Bavli v. the Great Rabbinical Court* (1995) 48 (2) P.D. 6. La controversia riguardava un procedimento di divorzio il cui la moglie richiedeva parte dei beni della coppia, negati dal marito sulla base dell'inesistenza di un simile diritto nel sistema ebraico. In seguito alla decisione della Corte rabbinica in cui si sostenevano le ragioni del marito, la Corte suprema affermava il rispetto anche per le corti religiose dei principi costituzionali e ordinava l'applicazione delle norme della *Women's Equal Rights Law* 1951 che garantiva alle mogli un'equa distribuzione dei beni del marito. Le corti rabbiniche considerarono tale decisione come un arbitrario intervento nella propria giurisdizione. Cfr. O. LIVIATAN, *Judicial* cit., 610.

⁹⁶ HCJ 9734/03 *Yemini v. Great Rabbinical Court*, (2003) 59 (2) P.D. 295. Anche in questo caso di divorzio la moglie chiedeva un'equa suddivisione del patrimonio del marito in accordo con la *Spouses (Property Relations) Law*, 1973. Gli sposi avevano deciso che tutte le dispute finanziarie tra loro sarebbero state decise dalle corti religiose, ma non avevano concordato sull'applicazione del diritto religioso. L'art. 13 (b) della *Property Relations Law* prevede che le norme della legge dovranno essere applicate sia dalle corti civili sia dalle corti religiose a meno che le parti non abbiano espressamente optato per l'applicazione del diritto religioso. Le corti rabbiniche hanno sostenuto che la scelta delle parti di adire la corte religiosa, e quindi di sottoporsi alla sua giurisdizione in materie in cui vi è concorrenza con le corti civili, implica l'accordo delle parti anche in ordine all'applicazione del diritto ebraico. La Corte suprema evidenzia invece che la *Property Relations Law* richiede un'espressa scelta delle parti sull'applicazione del diritto religioso. Cfr. A. SCOLNICOV, *Religious* cit., 732 ss. S. GOODMAN, *Divine* cit., 491.

⁹⁷ Cfr. A. SCOLNICOV, *Religious* cit., pp. 734 ss.

⁹⁸ HCJ 8636/03 *Amir v. Great Rabbinical Court* (2003).

arbitri in mancanza di un'espressa previsione legislativa. La prova di un accordo tra le parti in ordine all'attribuzione alle corti religiose del compito arbitrale non è sufficiente per lo svolgimento di tale ruolo, in mancanza di una specifica legge che attribuisca tale potere. La giurisdizione delle corti religiose, poiché esse fanno parte del sistema legale dello Stato, è determinata solo dalla legge⁹⁹. Secondo, invece, la prospettiva religiosa se le parti concordano, la corte religiosa può agire anche come arbitro della controversia.

Si nota quindi come sia profondamente diversa la percezione del fondamento dell'autorità delle corti religiose a seconda del punto di vista secolare o religioso.

4.c L'influenza del diritto religioso ebraico nella giurisdizione delle corti secolari e nella normativa legislativa

Le altre materie inerenti allo *status personae* differenti dal matrimonio e dal divorzio sono disciplinate da leggi dello Stato di Israele¹⁰⁰, la cui applicazione è giudicata dalle corti civili, a meno che le parti non manifestino entrambe il consenso a favore delle corti rabbiniche¹⁰¹.

In queste materie, pertanto, i precetti religiosi non trovano efficacia mediante il richiamo della legge religiosa *halachica* nel diritto statale, ma l'influenza del diritto religioso viene esercitata con la riproduzione di norme statali aventi un contenuto analogo a quelle religiose. La linea che divide il diritto ebraico da quello israeliano non è infatti sempre netta; frequentemente le leggi secolari contengono norme che riproducono precetti religiosi. La dottrina definisce questa ipotesi di riferimento al diritto religioso con il termine di "politica selettiva". In questo caso il diritto religioso diviene parte dell'ordinamento positivo per scelta da parte della *Knesset* di integrare nelle leggi statali specifiche disposizioni religiose o richiamando termini e formule tradizionali

⁹⁹ La situazione è diversa per le altre corti religiose che non fanno parte del sistema legale dello Stato come le corti ebraiche ultra ortodosse. Esse possono agire come arbitri perché non hanno giurisdizione legale, cfr. A. SCOLNICOV, *Religious* cit., 735, nt. 14.

¹⁰⁰ Cfr. la *Adoption of Children Law*, 1981, la *Inheritance Law*, 1965, la *Family Law Amendment (Maintenance) Law*, 1959, la *Spouses (Property Relations Law)*, 1973, la *Capacity and Guardianship Law*, 1981.

¹⁰¹ Cfr. A. SCOLNICOV, *Religious* cit., 738. L'Autore sottolinea la problematicità dei casi di giurisdizione concorrente tra le corti religiose e quelle civili in ordine al travisamento dell'accordo delle parti.

religiose, il cui contenuto ha un significato rilevante per la collettività¹⁰².

Evidenzia il dialogo tra il sistema normativo ebraico e quello israeliano, oltre che la dialettica tra la Corte suprema e il Parlamento, l'evoluzione della definizione di chi debba essere considerato "ebreo" in base alla *Law of Return*, 1950.

Nella versione originaria la *Law of Return* non definiva chi dovesse essere considerato ebreo, limitandosi a riconoscere il diritto di immigrare nel territorio israeliano. Nel caso *Oswald Rufeisen v. Minister of the Interior*¹⁰³ la Corte suprema dava un'interpretazione laica del termine ebreo, discostandosi dalla legge religiosa. Il ricorrente, nato da madre ebrea, e perciò ebreo secondo la legge *halachica*, non otteneva la cittadinanza israeliana poiché si era convertito al cattolicesimo. La Corte, infatti, rigettava la richiesta del ricorrente soffermandosi sulla necessità dell'affinità religiosa e storica con il popolo ebraico, considerando la religione ebraica inestricabilmente parte dello *status* dell'essere ebreo, differentemente dall'interpretazione *halachica*¹⁰⁴.

Qualche anno dopo nel caso *Shalit v. Minister of the Interior*¹⁰⁵ il ricorrente, ebreo di nazionalità israeliana, chiedeva l'iscrizione dei propri figli, nati da madre non ebrea e quindi non considerati tali secondo la legge religiosa, nel registro della popolazione nella categoria degli ebrei. La Corte si trovava quindi ad affrontare la questione se l'identità ebraica o meno di una persona dovesse essere definita da norme religiose o da scelte personali e nell'aderire a tale ultimo orientamento, accogliendo la richiesta della famiglia, precisava che né il Ministero degli Interni né gli uffici amministrativi avevano l'autorità per

¹⁰² Cfr. C. KLEIN, *Stato cit.*, pp. 117 ss.

¹⁰³ H.C.72/62, *Oswald Rufeisen v. Minister of Interior*, (1962) 16 P.D. 2428, vd. D. SINCLAIR, *Jewish cit.*, 404. C. KLEIN, *La démocratie cit.*, 266; J. REINHARZ, *Jewish Religion and Israeli Natonality: the Brother Daniel Case*, in I. RABINOVICH, J. REINHARZ, *Israel in the Middle East: Documents and Readings on Society, Politics and Foreign Relations pre-1948 to the Present*, UPNE, Lebanon, 2007, pp. 172 ss.

¹⁰⁴ Sull'origine storico-religiosa del riconoscimento del diritto di ritorno in Israele nei confronti di tutti gli ebrei e sull'interpretazione laica del termine "ebreo" data dalla Corte suprema cfr. Y. SAVIR, *The Definition of a Jew Under Israel's Law of Return*, in 17 *Sw. L. J.*, 1963, pp. 123 ss. In base al diritto ebraico l'apostasia non è possibile, sia nel caso di persone che abbiano cessato di praticare l'ebraismo sia nel caso in cui abbiano aderito ad altra religione. Di conseguenza un ebreo per nascita che si converte al cattolicesimo si continua a ritenere ebreo, cfr. S. FERRARI, *Lo spirito cit.*, pp. 206 ss.

¹⁰⁵ H.C. 58/68 *Shalit v. Minister of Interior*, (1968) 26 (1) P.D. 334. Cfr. A. SHACHAR, *Whose Republic? cit.*, 245; C. KLEIN, *La démocratie cit.*, 270.

determinare l'identità religiosa di una persona. Pertanto, quando si richiedeva l'iscrizione nel registro della popolazione, valeva la dichiarazione di buona fede del richiedente. La Corte suprema continuava il suo percorso interpretativo distaccandosi dagli orientamenti derivanti dalla normativa religiosa, strettamente collegata al riconoscimento dello *status* di ebreo nei confronti di chi fosse figlio di madre ebrea.

La decisione fu accettata con grandi polemiche in ambito religioso, tanto che pochi mesi dopo il Parlamento modificava il principio elaborato dalla Corte suprema e approvava un emendamento alla *Law of Return* introducendo la sezione 4 B in cui si precisava che, agli scopi della legge, ebreo è chi nasce da madre ebrea o si converte alla religione ebraica e non è membro di un'altra religione, bilanciando la recezione della normativa religiosa con la previsione secolare dell'estensione del diritto di ritorno ai membri della famiglia di un ebreo fino alla terza generazione¹⁰⁶. Si adottava, pertanto, una disciplina vicina alla normativa *halachica*, con la possibilità di estendere tale riconoscimento in modo particolarmente ampio.

¹⁰⁶ La *Law of Return* statuisce nella sezione 4 B che chi si converte alla religione ebraica ha diritto di acquisire la cittadinanza israeliana, ma non individua le norme da seguire per formalizzare la conversione. Il problema che si è posto è se ogni istituzione religiosa avesse il potere di ufficializzare la conversione. Frequentemente, infatti, le conversioni avvenivano al di fuori del territorio israeliano sotto la guida di autorità religiose non ortodosse. Nel 1989 la Corte suprema, nel caso *Sephardi Torah Guardians, Shas Movement v. Director of Population Registry* (H.C. 264/87, 43 (2) P.D. 723), ha sostenuto che ai fini dell'immigrazione ogni persona che si è convertita alla religione ebraica fuori dal territorio israeliano è automaticamente titolare del diritto di immigrare, indipendentemente dalla corrente religiosa ebraica di appartenenza. Nel 1995 nel caso *Pesarro (Goldstein) v. Minister of Interior* (H.C. 1031/93, 49 (4) P.D. 661) la Corte suprema doveva decidere se una conversione avvenuta in Israele, seguendo una corrente diversa da quella ortodossa, potesse essere idonea ai fini dell'acquisizione della cittadinanza. La Corte, nel sottolineare la non significatività del luogo della conversione, anche se in Israele è particolarmente diffuso il movimento ortodosso, ha deciso in favore del ricorrente, in contrasto con la corrente ortodossa. Si è presentato allora un progetto di riforma della *Law of Return* per prevedere che, ai fini della legge, solo le conversioni ortodosse potessero considerarsi idonee, ma questo ha suscitato una forte polemica nel mondo ebraico al di fuori di Israele, perché avrebbe limitato la portata del diritto di immigrare in Israele. Cfr. A. SHACHAR; *Whose Republic?* cit., pp. 246 ss. Sulle diverse correnti religiose esistenti all'interno della società ebraica in Israele cfr. M.M. KARAYANNI, *In the Best Interests* cit., pp. 107 ss. Sostiene che la conversione alla religione ebraica non è il solo modo per considerarsi parte del "popolo ebreo" A. YAKOBSON, *Joining* cit., 218.

Anche nelle materie non rientranti nell'ambito dello *status* personale non è stato riconosciuto al diritto ebraico il ruolo di fonte formale del diritto. Nell'ambito del diritto civile, penale e pubblico si può notare l'influenza del diritto ebraico, ma va verificata l'estensione di tale influenza e soprattutto la sua vincolatività.

Il sistema giuridico israeliano si è evoluto in modo indipendente dalle tradizioni giuridiche ebraiche, rifacendosi ad elementi dei sistemi giuridici sia di *common law* sia di *civil law*. È infatti generalmente condiviso che il diritto ebraico non sia vincolante per gli organi secolari, ma svolga un ruolo rilevante nell'evoluzione del diritto israeliano¹⁰⁷. Le norme e i principi del diritto ebraico sono a volte richiamati nei dibattiti parlamentari o nelle proposte di legge; spesso sono richiamati nei preamboli delle leggi¹⁰⁸.

I giudici tendono a sottolineare la rilevanza del diritto ebraico da intendere più come patrimonio culturale che come sistema normativo ed evidenziano che nell'interpretazione dei termini *halachici* si debba tenere sempre presente l'intenzione del legislatore, nel caso in cui la disposizione da interpretare abbia nella tradizione religiosa un significato diverso¹⁰⁹.

Subito dopo la fondazione dello Stato di Israele si è, infatti, posto il problema dell'interpretazione dei termini giuridici alla luce del diritto ebraico. Si deve infatti considerare che la lingua dello Stato israeliano è l'ebraico e che molti termini legali trovano una loro spiegazione nella ricca eredità legale della *Halachà*¹¹⁰. L'opinione della maggioran-

¹⁰⁷ Cfr. D. SINCLAIR, *Jewish* cit., 397.

¹⁰⁸ Ad esempio nel preambolo della *Wages Protection Law*, 1958, che impone ai datori di lavoro di pagare puntualmente i lavoratori, si richiama il principio del diritto ebraico concernente il pronto pagamento, che trova la sua radice nella Bibbia (Lev. 19:13; Deut. 24:15). Ciononostante nessun articolo della legge attuale si basa su principi *halachici* e le previsioni in essa contenute possono ritrovarsi in molti moderni sistemi legali; cfr. D. SINCLAIR, *Jewish* cit., 408.

¹⁰⁹ È l'opinione del giudice Barak espressa nella decisione C.A. 546/78 *Kupat am Bank Ltd v. Hendeles et al.*, (1980), P.D. 35 (2), 785, in S. BALDIN, *La rilevanza* cit., 106.

¹¹⁰ Cfr. D. SINCLAIR, *Jewish* cit., 409. Va inoltre sottolineato che nell'ebraismo la legge svolge un ruolo fondamentale, poiché manifesta la relazione instaurata da Dio con il popolo ebraico con il patto del Sinai: la legge lega Dio al popolo ebraico e l'adempimento della legge lega, a sua volta, il popolo a Dio, cfr. a riguardo S. FERRARI, *Lo spirito* cit., 94. L'Autore sottolinea pertanto come questa concezione della legge renda più forte, nel sistema ebraico, la compenetrazione tra diritto e religione.

za dei giudici viene riassunta nella sentenza *Mitoba v. Kazan*¹¹¹ in cui si spiega che sebbene l'origine semantica di molti termini giuridici trovino la loro radice nel *Talmud*, deve farsi una distinzione tra il termine e il suo contenuto: i termini possono derivare dal diritto ebraico, ma i contenuti possono derivare da una fonte diversa. Non c'è pertanto un legame necessario tra il termine giuridico preso a prestito dal diritto ebraico e il suo significato nel diritto israeliano¹¹².

Spesso le corti fanno riferimento al diritto ebraico quando si trovano a scegliere tra diversi approcci nei confronti di un principio giuridico. Si tratta normalmente di casi in cui sono in gioco questioni di moralità e giustizia: bioetica, obiezione di coscienza, libertà di parola e di espressione. In questi casi il diritto ebraico viene richiamato per sostenere un'interpretazione moralmente più evoluta, purchè sia concorde con l'orientamento prevalente della giurisprudenza e del sentire collettivo.

Il riferimento ai principi dell'eredità ebraica può servire da impulso nell'attività interpretativa dei giudici, ma resta una facoltà e non un obbligo¹¹³.

Un'altra ipotesi di riferimento alla *Halachà* nel diritto israeliano si riscontra in materia di diritto amministrativo tramite la teoria del controllo delle motivazioni dell'amministrazione. Si ritiene che solo il legislatore possa autorizzare l'amministrazione ad agire fondandosi su una motivazione di carattere religioso. La Corte suprema può pertanto intervenire per dichiarare la nullità di atti amministrativi fondati su motivazioni religiose, se privi dell'autorizzazione espressa da parte del legislatore¹¹⁴.

¹¹¹ P.M. 89/51 *Mitoba v. Kazan*, (1989) 51, P.D. 6,4 in D. SINCLAIR, *Jewish* cit., 409.

¹¹² Ad esempio il termine *gemirat da'at* è usato nel diritto ebraico per indicare che le parti di un accordo hanno manifestato le loro intenzioni in modo obiettivo. Lo stesso termine è usato nella *Law of Contracts (General Part)*, 1973 e nel caso *Zandbank v. Danziger*, C.A. 440/75, P.D. 31 (3), 317, la Corte ha sostenuto che il termine usato nella legge israeliana ha lo stesso significato di quello ebraico. Vd. D. SINCLAIR, *Jewish* cit., 409.

¹¹³ Cfr. S. BALDIN, *La rilevanza* cit., 101. L'Autrice sottolinea l'influenza del diritto ebraico nella formazione della mentalità del giurista, anche in qualità di crittotipi ed evidenzia l'importanza della *Halachà* come patrimonio culturale, più che come sistema normativo, utile ai fini interpretativi giudiziali.

¹¹⁴ *Aksel v. Municipalité de Netanya*, in *Recueil des arrêts de la Cour suprême*, vol. 8, 1954, 1524. Cfr. C. KLEIN, *Stato* cit., 118; ID., *La démocratie* cit., 253. Nel caso specifico il ricorrente aveva presentato domanda presso la municipalità di Netanya per

Le decisioni della Corte suprema svolgono un ruolo importante in sede di interpretazione della normativa disciplinante obblighi di matrice religiosa. Ad esempio, la vendita di cibo *kosher* è consentito solo dopo il rilascio da parte del *Chief Rabbinate* di un certificato che attesti la conformità della vendita del cibo alle norme regolanti la materia (art. 11 del *Prohibition of Fraud in Kosher Food Act*, 1983). Il rilascio del certificato ha un importante valore economico, poiché gran parte della popolazione ebraica compra cibo *kosher*. La Corte ha ribadito che, nel rilasciare il certificato, l'autorità religiosa competente deve considerare esclusivamente le norme riguardanti il cibo *kosher*, mentre frequentemente il *Chief Rabbinate* ha negato il rilascio del certificato per violazioni di altre norme religiose, quali la vendita durante lo *Shabbat*. La Corte suprema ha limitato questa politica, affermando che bisogna interpretare la conformità alle regole disciplinanti il cibo *kosher* in modo restrittivo, indipendentemente dalla eventuale violazione di altre norme religiose¹¹⁵.

La salvaguardia degli obblighi previsti dalla normativa religiosa ha influenzato anche scelte legislative: si pensi all'introduzione nella legge fondamentale del 1992 sull'occupazione della *override clause* (art. 8) con cui si è disposto che la *Knesset* possa approvare una disposizione legislativa in contrasto con i diritti garantiti in tale legge, senza rispettare i limiti previsti nella clausola di limitazione (art. 4), quindi anche se è un legge non conforme ai valori dello Stato di Israele, adottata per uno scopo idoneo e nella misura necessaria. Il superamento di questa clausola di garanzia è possibile con l'approvazione della disposizione normativa a maggioranza assoluta della *Knesset* e con la previsione di una clausola di deroga espressa. Si prevede un limite di natura temporale, poiché la normativa in deroga può rimanere in vigore per un massimo di quattro anni.

La *override clause* è stata introdotta in seguito alla sentenza resa

ottenere l'autorizzazione amministrativa necessaria all'apertura di una *boucherie*. L'autorizzazione sarebbe stata rilasciata da parte della municipalità solo se ci si fosse astenuti dalla vendita di carne suina. Contro queste condizioni si è richiesto l'intervento della Corte suprema che ha affermato che solo il legislatore ha il potere di autorizzare divieti che trovano la loro legittimità in precetti religiosi.

¹¹⁵ B. MEDINA, *Enhancing*, pp. 148 ss. La legge non proibisce la certificazione privata del cibo *kosher*, però dispone che chi vende cibo *kosher* deve avere ottenuto il certificato del *Chief Rabbinate*.

dalla Corte suprema nel caso *Meatrael v. Prime Minister*¹¹⁶. Con tale decisione la Corte aveva giudicato in favore della società privata, contro il divieto della decisione governativa in ordine all'importazione di carne surgelata priva del certificato che attestasse l'avvenuta macellazione secondo il diritto ebraico. La Corte aveva rilevato che il divieto era in contrasto con la legge fondamentale sulla libertà di occupazione. Questa decisione aveva, però, suscitato le preoccupazioni dei partiti religiosi, che hanno sempre contestato la possibilità di un controllo giudiziario sulle norme religiose.

Al fine di superare i contrasti sorti in seguito alla decisione della Corte, il Parlamento ha provveduto a modificare il testo della legge fondamentale sulla occupazione, prevedendo la *override clause*. L'introduzione di questa clausola ha permesso l'adozione di misure derogatorie della legge fondamentale. Infatti, subito dopo l'entrata in vigore dell'emendamento, il Parlamento ha approvato la *Import Frozen Meat Law*, 1994 con cui si è reintrodotta il divieto di importazione.

Questo caso dimostra l'importanza del ruolo della Corte suprema nel bilanciare la tutela dei diritti dalle istanze di matrice religiosa, ma allo stesso tempo evidenzia la fragilità del sistema. La clausola consente, infatti, che il Parlamento possa approvare disposizioni legislative in contrasto con i diritti previsti nella legge fondamentale, senza bisogno che questa subisca alcuna modifica formale¹¹⁷, permettendo così l'attuazione di politiche religiose.

5. Le altre fonti religiose

La non uniformità del sistema israeliano nelle materie inerenti allo *status personae* si evidenzia in un duplice senso. In un primo, si sottolinea l'esistenza di diversi diritti religiosi a seconda della comunità di appartenenza. Ai sensi infatti dell'art. 47 del *Palestine Order in Council* alcune delle materie riguardanti lo *status personae* continuano ad esse-

¹¹⁶ HCJ 3872/93, *Meatrael Ltd v. Prime Minister & Minister of Religious Affairs* (1993), 47 (5) P.D. 485.

¹¹⁷ Cfr. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 167 ss. L'Autore sottolinea come la *override clause* permetta al Parlamento di superare dei limiti costituzionali, senza dover ricorrere alla modifica della legge fondamentale. Cfr. anche S. BALDIN, *Il problema* cit., 304.

re giudicate sulla base della legge religiosa personale. In un secondo senso, la disciplina di queste materie è tenuta distinta dal diritto civile introdotto dalla normativa israeliana.

L'art. 51 del *Palestine Order in Council*¹¹⁸ originariamente includeva, oltre il matrimonio e il divorzio, molte altre materie disciplinate dal diritto religioso quali la determinazione degli alimenti, il mantenimento, la custodia dei minori, l'adozione dei minori, la successione, l'amministrazione dei beni degli assenti. La successiva legislazione israeliana ha sottratto parte di queste materie disciplinandole e richiedendo per alcune di esse il necessario consenso scritto delle parti in ordine all'applicazione del diritto religioso e per la conseguente giurisdizione. Materie come l'affidamento dei minori, l'adozione, l'eredità e le relazioni patrimoniali tra i coniugi sono disciplinate dalle leggi civili. A seconda delle diverse religioni alcune disposizioni sono complementari tra i due sistemi, altre si duplicano¹¹⁹.

A garanzia del rispetto dei diritti religiosi, già con il *Palestine Order in Council*, si sono riconosciute le giurisdizioni dei tribunali religiosi anche per religioni diverse da quella ebraica. Lo Stato di Israele ha poi riconosciuto l'autorità dei Tribunali religiosi islamici, drusi e i Tribunali ecclesiastici per i cristiani; la legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario riconosce la giurisdizione delle corti religiose¹²⁰.

La giurisdizione delle corti religiose non è uniforme. Alcune materie sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva dei tribunali religiosi, per altre è necessario il consenso delle parti. La giurisdizione più ampia è riconosciuta alle corti musulmane che giudicano sulla gran parte delle materie concernenti lo *status* personale come il matrimonio, il divorzio, il mantenimento, gli alimenti, la dichiarazione di assenza, la custodia della prole, le controversie inerenti alla dote. Le corti giudicano

¹¹⁸ Art. 51 del *Palestine Order in Council*: "... For the purpose of these provisions matters of personal status mean suits regarding marriage or divorce, alimony, maintenance, guardianship, legitimation and adoption of minors, inhibition from dealing with property of persons who are legally incompetent, successions, wills and legacies, and the administration of the property of absent persons". La legge secolare dello Stato di Israele ha escluso dalla giurisdizione delle corti religiose le materie dell'adozione, eredità, testamenti e legati.

¹¹⁹ Cfr. A. ROSEN-ZVI, *Family* cit., 75.

¹²⁰ Sul sistema delle corti religiose cfr F. RESCIGNO, *Scritti* cit., pp. 189 ss.; S. NAVOT, *Constitutional* cit., p. 144 ss. Cfr. A. AN-NA'IM, *Islamic Family Law in a Changing World: a Global Resource Book*, ZedBooks Ltd., London, 2002, pp. 115 ss.; O. STENDEL, *The Arabs in Israel*, Sussex Academic Press, Eastbourne, 1996, pp. 36 ss.

sulle controversie che riguardano i cittadini e residenti israeliani di religione musulmana. Con il consenso delle parti la competenza delle corti si estende anche alle materie riguardanti l'adozione e l'eredità, che trovano disciplina anche nelle leggi secolari dello Stato.

Le corti druse hanno giurisdizione in materie di divorzio e matrimonio dei drusi, cittadini o residenti in Israele. Anche in questo caso con l'accordo delle parti è possibile estendere la giurisdizione delle corti in materia di mantenimento del coniuge, custodia di minori, adozione ed eredità.

Ognuna delle comunità cristiane riconosciute in Israele ha un proprio tribunale con giurisdizione esclusiva in materia di matrimonio, divorzio e alimenti nei confronti di cittadini israeliani appartenenti alla comunità religiose riconosciute. Con l'accordo delle parti la giurisdizione può riguardare anche altre materie inerenti allo *status personae*, come il mantenimento dei coniugi, l'adozione e l'eredità.

La giurisdizione esclusiva prevista per tali corti è stata, peraltro, scalfita dal riconoscimento da parte della *Knesset* della facoltà estesa alle donne musulmane e cristiane, così come era già stato riconosciuto per le donne ebraiche, di scegliere se adire le corti religiose o quelle civili, realizzando in tal modo una competenza concorrente tra la giurisdizione religiosa e quella civile, rimanendo escluse da tale opzione solo il matrimonio e il divorzio, che continuano a rimanere nella giurisdizione esclusiva delle corti religiose¹²¹.

La Corte suprema, così come effettuato per le corti rabbiniche, ha ribadito il potere di sottoporre al proprio giudizio le decisioni di tali corti per garantire il rispetto dei principi costituzionali e l'applicazione della normativa legislativa¹²².

6. Riflessioni conclusive

Da quanto esposto si evince come il diritto religioso contribuisca a definire l'identità dell'ordinamento israeliano, incidendo su elementi

¹²¹ Cfr. *Family Courts Amendment* (n.5), 2001. Cfr. H. ROUHANA, *Muslim Family Law in Israel. The Role of the State and Citizenship of Palestinian Women*, in *Women Living Under Muslim Laws Dossier*, 27, (December 2005), in www.wluml.org/node/501.

¹²² Cfr. R. HIRSCHL, *Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales*, in *82 Tex. L. Rev.*, 2003-2004, 1841.

che ne definiscono le strutture portanti, quali il sistema delle fonti, l'ideologia che incide sul diritto, la concezione del ruolo dello Stato¹²³.

Nelle materie riguardanti lo *status personae*, il matrimonio e il divorzio sono interamente regolati dalla *Halachà* incorporata nel diritto israeliano; nelle altre materie si riscontra spesso l'influenza dei precetti religiosi, frequentemente riprodotti in puntuali norme secolari ad essi conformi. In entrambi i casi il diritto religioso ebraico rileva all'interno dell'ordinamento israeliano non direttamente, ma o per richiamo espresso della *Halachà* riprodotta in una legge della *Knesset* o perché il contenuto di specifiche norme legislative riproducono la norma religiosa. È quindi la legge del Parlamento israeliano che determina l'inserimento della normativa religiosa all'interno dell'ordinamento. A proposito, peraltro, la Corte suprema appare attenta nel verificare la sussistenza di una legge a fondamento della vincolatività dei precetti religiosi e, più volte, si è espressa in termini di nullità di provvedimenti fondati su motivazioni di carattere religioso, in mancanza di una corrispondente fonte legislativa.

La Corte suprema è, infatti, più volte intervenuta per giudicare sui limiti all'importazione o alla vendita di cibo non *kosher* o sull'apertura di locali durante lo *Shabbat*¹²⁴. Fino al 1990 il *Municipalities Order*, sez. 249 autorizzava le municipalità a regolare gli orari di apertura e chiusura dei negozi e dei luoghi di intrattenimento durante questa festività. La Corte ha dichiarato tali provvedimenti nulli perché limitavano la libertà di religione ed ha ribadito che tali limiti potevano essere imposti solo con l'autorizzazione del Parlamento.

È vero che, nel caso specifico, si è poi approvato un emendamento (la *Municipalities Order Amendment Law* n. 40, 1990) che ha autorizzato le municipalità a vietare l'apertura durante lo *Shabbat*¹²⁵. Quest'evoluzione mostra una costante nel dialogo istituzionale tra la Corte suprema e il Parlamento, che si ripete ogni qual volta la Corte giudica ponendo dei limiti ai precetti religiosi a garanzia dei diritti, suscitando la reazione dei partiti religiosi rappresentati in seno al Parlamento, che interviene approvando nuove disposizioni normative tendenti a superare la decisione giudiziaria.

¹²³ Si fa riferimento agli elementi determinanti descritti da Constantinesco che definiscono le scelte fondanti l'identità di un ordinamento; cfr. L.J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996, 222.

¹²⁴ Cfr. S. GOLDSTEIN, *Israel* cit., 160.

¹²⁵ Cfr. S. SHETREET, *State* cit., 438. M.O. LOWY, *Restructuring* cit., 124.

Proseguendo nell'analisi della rilevanza del diritto religioso all'interno dell'ordinamento israeliano è necessario, però, non limitarsi al suo riconoscimento come fonte formale, per prestare attenzione al condizionamento che esercita, soprattutto, nell'interpretazione delle disposizioni normative.

Si pensi al caso *Shefer*¹²⁶, significativo per evidenziare come i giudici, nel risolvere la controversia riguardante la richiesta di sospendere le cure mediche per una bambina sofferente di una malattia genetica non guaribile, abbiano ricercato nella tradizione ebraica il principio guida, temperandolo, però, con i valori sottesi ad uno Stato democratico. La sintesi tra il sistema ebraico e democratico, nel caso specifico, è stata di confermare il divieto dell'eutanasia attiva, attestando la mancanza di leggi che l'autorizzassero. In seguito, il Parlamento ha approvato la *Dying Patient Law*, 2005 per disciplinare la lacuna normativa sui trattamenti medici terminali. La legge si è proposta l'obiettivo di bilanciare il valore della santità della vita con quello dell'autonoma volontà della persona e l'importanza della qualità della vita, anche se, criticamente, si è osservato che pone l'accento più sulla centralità dei doveri dei medici rispetto al riconoscimento del diritto dei pazienti, anche questo frutto dell'influenza del diritto religioso ebraico¹²⁷.

Questa continuità che spesso si riscontra tra il diritto ebraico e quello israeliano determina frequentemente conflitti in ordine alla tutela della libertà di religione, anche all'interno della stessa popolazione ebrea, e pone spesso conflitti anche in termini di discriminazione con i cittadini israeliani non ebrei.

L'esclusiva disciplina religiosa in materia di matrimonio e di divorzio, mancando una regolamentazione civile, mal si concilia, infatti, con il riconoscimento della libertà di religione. In questo modo si è estesa l'applicazione della normativa religiosa nei confronti di tutti gli israeliani ebrei, indipendentemente da una scelta personale in ordine alla propria professione religiosa. Inoltre tale scelta non considera la distinzione esistente nella religione ebraica tra le diverse correnti e, conseguentemente, le diverse interpretazioni dei precetti religiosi. Di fatto si realizza un'imposizione dell'interpretazione religiosa ortodossa effettuata dai giudici religiosi nei confronti di tutta la comunità ebrea, senza possibilità che possano essere effettuate scelte alternative¹²⁸.

¹²⁶ C.A. 506/88 *Shefer v. State of Israel*, (1993) 48 (1) P.D. 87, 105.

¹²⁷ Cfr. C. SHALEV, *End-of-Life Care* cit., 279.

¹²⁸ Cfr. R. HIRSCHL, *Constitutional* cit., 1833.

Anche la tutela del carattere ebraico dello Stato riflette la sua non neutralità in ordine all'identità dei propri cittadini e il suo impegno nella promozione della sicurezza, della lingua, della cultura della maggioranza della popolazione. Al riguardo la Corte suprema svolge un compito importante di bilanciamento di interessi contrapposti. Si pensi alla recente decisione in cui la Corte ha superato la decisione del Comitato elettorale in ordine all'esclusione dalle ultime elezioni parlamentari di una cittadina arabo israeliana, Haneen Zoabi, già eletta in Parlamento con il partito palestinese *National Democratic Party*. Il Comitato aveva, infatti, valutato le attività promosse dalla parlamentare a sostegno del terrorismo e in contrasto con i principi di Israele come Stato ebraico e democratico. Il giudizio positivo della Corte, che pertanto non ha ritenuto che la condotta e l'ideologia professata dalla candidata fossero in contrasto con i principi definiti dalla legge fondamentale sul Parlamento, ha suscitato lo scalpore di parte delle forze politiche israeliane che hanno richiesto una modifica legislativa che possa supportare nel futuro scelte diverse¹²⁹, evidenziando con ciò il contrasto sociale sotteso alle scelte istituzionali.

¹²⁹ Haneen Zoabi è stata la prima cittadina israeliana araba ad essere eletta nel Parlamento nelle liste di un partito arabo. Il Comitato elettorale aveva ritenuto che le attività e l'ideologia espresse dalla deputata, che si presentava per le nuove elezioni, fossero in contrasto con quanto indicato nella legge fondamentale sul Parlamento, in quanto volte a sostegno del terrorismo e in negazione dei principi di Israele come Stato ebraico e democratico. In particolare le si contestava la partecipazione alla flottiglia di aiuti che aveva cercato di rompere l'assedio di Gaza nel maggio del 2010. La decisione della Corte è stata pronunciata il 30.12.2012, EC 9255/12, *The Central Elections Committee v. Haneen Zoabi*.

CAPITOLO TERZO

IL DIRITTO ISLAMICO NEL SISTEMA DELLE FONTI NORMATIVE DELL'ORDINAMENTO IRANIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Repubblica islamica iraniana: identità e religione. – 3. Il diritto islamico e la Costituzione iraniana: la supremazia della *Shari'a*. – 4. Il diritto religioso islamico e il diritto di famiglia. – 5. La Costituzione iraniana. – 6. La sovranità popolare, la sovranità divina e l'esercizio della funzione legislativa. – 7. Il Consiglio dei Guardiani. – 7.a. garante della conformità delle leggi ordinarie e della Costituzione ai precetti religiosi. – 7.b. interprete della Costituzione. – 8. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

L'ordinamento iraniano si caratterizza per la forte interposizione del fattore religioso nella relazione tra autorità e libertà¹. Si tratta infatti di un ordinamento teocratico² in cui vi è una immedesimazione della sfera religiosa con quella civile che si evidenzia, in particolare, con la ricezione integrale all'interno della Costituzione delle fonti religiose³. In tal modo, quindi, le fonti normative dell'ordinamento iraniano si

¹ Si fa riferimento alla classificazione delle diverse forme di Stato sviluppata in L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto* cit., 57.

² Sulla differenza tra Stato teocratico e Stato confessionale vd. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, II, Cedam, Padova, 2004, pp. 167 ss.

³ L'ordinamento iraniano si classifica tra gli ordinamenti che traggono la loro legittimazione ultima dalla volontà divina. Si imputa infatti la volontà creatrice delle norme alla divinità di modo che tale volontà sia qualificata come fonte del diritto all'interno dell'ordinamento. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistemi* cit., pp. 307 ss. In particolare si sottolinea come per l'Iran sia più opportuno parlare di immedesimazione tra l'ordinamento della confessione religiosa e quella dello Stato piuttosto che di distinzione; vd. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi* cit., 381. Si sofferma sulla immedesimazione anche G. DE VERGOTTINI, *Diritto* cit., 106. Sui caratteri fondamentali del diritto divino (sovraordinazione – immutabilità – completezza – universalità) e sulle differenti accezioni che tale concetto assume a seconda dei diritti religiosi (canonico, ebraico e musulmano) cfr. S. FERRARI, *Lo spirito* cit., pp. 109 ss.

assoggettano ai principi religiosi che assumono carattere sopracostituzionale⁴.

Tale sistema normativo è di indubbia matrice islamica anche se si evidenzia un'influenza del sistema romano-germanico⁵. Parte del codice civile, commerciale, penale e la normativa sulle procedure sono modellati, infatti, sui diritti europei. L'influenza occidentale si nota anche nell'organizzazione dello Stato-apparato e nei conseguenti rapporti con la comunità: a titolo esemplificativo si pensi alla previsione di alcuni elementi parlamentari o alla scelta, dopo la rivoluzione del 1979, di costituire una Repubblica, istituto ben lontano dalla tradizione islamica⁶.

Non è tipica di un sistema islamico anche la scelta della redazione di una Costituzione rigida che, almeno in apparenza, presenta caratteristiche proprie delle Costituzioni occidentali⁷. Si fa riferimento all'ordinata suddivisione del testo in un preambolo e poi in articoli distinti in capitoli che disciplinano le stesse materie previste nei testi costituzionali occidentali: principi generali⁸, diritti dei cit-

⁴ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto cit.*, 62.

⁵ Cfr. A. ABGHARI, *Introduction to the Iranian Legal System and the Protection of Human Rights in Iran*, Biddles LTD., Sheffield, 2008, 63; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione G. Agnelli, Torino, 1995, 116; S. ZUBAIDA, *Law and Power in Islamic World*, I.B. Tauris Publ., London, 2003, 189.

⁶ Si pensi alla fiducia che deve legare il consiglio ministeriale all'assemblea legislativa, cfr. A. PREDIERI, *Shari'a e Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 205, 248. La forma di governo iraniana presenta alcuni elementi sia del sistema presidenziale sia di quello parlamentare. Il Presidente della Repubblica, che è anche il capo del Governo, è eletto a suffragio universale e diretto ogni quattro anni. È riconducibile alla forma di governo parlamentare il rapporto di fiducia che deve legare il Consiglio ministeriale, nominato dal Presidente della Repubblica, all'Assemblea legislativa. Tutti e tre i poteri dello Stato – legislativo, esecutivo e giudiziario – sono esercitati sotto la supervisione della Guida suprema (art. 57 Cost. ir.), vertice del potere religioso e politico del paese, intorno a cui ruota tutto il sistema costituzionale iraniano, e alla quale spetta determinare la politica generale della Repubblica (art. 110 Cost. ir.). Secondo la teoria elaborata da Khomeini, infatti, spetta alla Guida suprema il compito di guidare la comunità e di verificare la conformità dell'attività del Governo ai precetti della religione islamica, in attesa del ritorno dell'imam legittimo.

⁷ Parte della dottrina evidenzia delle analogie con la Costituzione francese del 1958; cfr. A.E. MAYER, *The Fundamentalist Impact on Law, Politics and Constitutions in Iran, Pakistan and the Sudan*, in M.E. MARTY, R.S. APPLEBY (a cura di), *Fundamentalist and the State: Remaking Politics, Economies and Militance*, University of Chicago Press, Chicago, 1993, pp. 118 ss.

⁸ Artt. 1-14 Cost. ir.

tadini⁹, separazione dei poteri¹⁰, elezione diretta del Presidente della Repubblica¹¹, principio di indipendenza del potere giudiziario¹², rapporto di fiducia tra il Governo e il Parlamento¹³, nozione di corpo elettorale e di sovranità nazionale¹⁴.

Eppure il testo costituzionale ha delle peculiarità che l'allontanano decisamente dal modello occidentale e presenta delle evidenti contraddizioni nel tentativo di adattare istituti democratici e di garanzia ai precetti della religione islamica¹⁵. Il nuovo testo costituzionale che istituisce lo Stato islamico prevede alcuni istituti secolari e democratici che solo nominalmente svolgono il ruolo di garanzia ad essi affidato: si pensi alle disposizioni sui diritti che prevedono espressamente la loro tutela condizionata ai precetti islamici¹⁶ o al richiamo a due diverse nozioni di sovranità: la sovranità popolare e quella divina. Il concetto di Costituzione in senso moderno presuppone, infatti, un atto di volontà costituente¹⁷, presume l'idea di una legge creata dall'uomo. La Costituzione iraniana invece non si limita a definire l'Islam come religione di Stato, ma considera la legge islamica la base e il fondamento

⁹ Artt. 19-42 Cost. ir.

¹⁰ Art. 57 Cost. ir. Per un'analisi su come in pratica nell'ordinamento iraniano non si realizza la separazione dei poteri cfr. S.I. STRONG, *Law and Religion in Israel and Iran: How the Integration of Secular and Spiritual Laws Affects Human Rights and the Potential for Violence*, in 19 *Mich.J.Int.L.*, 1997-1998, pp. 109 ss.

¹¹ Art. 114 Cost. ir.

¹² Art. 164 Cost. ir.

¹³ Art. 87 Cost. ir.

¹⁴ Il richiamo al concetto di suffragio universale – su cui si tornerà più avanti – si ha sin dal preambolo in cui si prevede la «*participation by all members of society at all stages of the political decision-making process*».

¹⁵ Cfr. A. SCHIRAZI, *The Constitution of Iran: Politics and the State in the Islamic Republic*, Michigan, I.B. Tauris, 1997, pp. 19 ss. L'Autore evidenzia delle caratteristiche contraddittorie dell'ordinamento iraniano: «*the sovereignty of the Islamic jurists negates the sovereignty of the people, the Islamic community is set over against the Iranian nation, Islamic regulations and principles limit the rights of the people, the Guardian Council deprives parliament of power, the leader suppresses the president, [and] the concept of velayat-e faqih reduces the idea of a republic to absurdity*». Sulle complessità e le contraddizioni dell'ordinamento iraniano vd. anche R. REDAELLI, *Constitutional Complexity and Political Paradoxes of the Islamic Republic of Iran*, in *Oriente Moderno*, 2007, 2, pp. 483 ss.

¹⁶ Cfr. artt. 20, 21, 24, 26, 27, 28 e 175 Cost. ir.

¹⁷ Cfr. M. DOGLIANI, *Costituente (potere)* in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, 281.

ultimo di tutte le altre fonti normative¹⁸. Tale ordinamento, inoltre, pur riconoscendo all'apice della gerarchia delle fonti la sovranità divina e le fonti religiose ad essa connesse, prevede anche delle fonti normative secolari¹⁹.

Sulla base di questa premessa si può asserire che il sistema normativo iraniano si sviluppa in modo duale: bisogna distinguere le fonti del diritto islamico e le fonti del diritto dell'ordinamento secolare, tenendo in considerazione che esso pone la *Shari'a* in posizione di supremazia rispetto alle altre fonti tra loro ordinate secondo una scala gerarchica.

Le fonti religiose sono il Corano, la Tradizione, il consenso e la ragione²⁰; sono fonti secolari, la Costituzione, le leggi approvate dal Parlamento, i trattati internazionali, il referendum, i regolamenti e i decreti governativi, i precedenti giudiziari, le consuetudini.

Tali fonti possono a loro volta essere ordinate secondo una scala gerarchica: il Corano e la Tradizione come interpretata dai giuristi sciiti di scuola *gafarita* imamita (art. 12 Cost.), la Costituzione (art. 4 Cost.), la legge del Parlamento (art. 72 Cost.), i trattati²¹ (art. 9 cod. civ. e art. 77 Cost.), il referendum (art. 6 e art. 59 Cost.), i decreti e i regolamenti governativi (artt. 85-138 e 170 Cost.)²², i precedenti giudi-

¹⁸ S.A. ARJOMAND, *The Political Dimensions of Religion*, State University of New York Press, Albany, 1993, pp. 70 ss.; B. LEWIS, *The Political Language of Islam*, University of Chicago Press, Chicago, 1991, pp. 3 ss.

¹⁹ Analizza la dualità del sistema delle fonti iraniano K.S. VIKØR, *Between God and the Sultan: a History of Islamic Law*, C. Hurst & Co., London, 2005, pp. 269 ss. Sull'importanza di distinguere il diritto islamico, che è un diritto religioso, dal diritto positivo dei paesi musulmani cfr. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi* cit., pp. 397 ss.

²⁰ Non ci si soffermerà sulle tipologie delle fonti islamiche se non per individuarne i rapporti con le fonti secolari. Si rimanda pertanto a F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, XI, 2001, pp. 1 ss.; ID., *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 3 ss.; S. MERVIN, *L'Islam. Fondamenti e dottrine*, Mondadori, Milano, 2000, pp. 15 ss.; A. PREDIERI, *Shari'a* cit., pp. 60 ss.; A. SAMI ALDEEB ABU-SAHLEH, *Il diritto islamico*, Carocci, Roma, 2008, pp. 91 ss.; J. SCHA-CHT, *Introduzione* cit., pp. 121 ss.

²¹ Secondo quanto disposto dall'art. 9 del codice civile iraniano «*treaty terms which have been, in accordance with the Constitution, concluded between the Iranian government and other governments, shall have the force of law*».

²² L'art. 138 Cost. ir. autorizza i Ministri e il Consiglio dei Ministri ad emanare decreti e regolamenti che devono essere conformi oltre che ai precetti religiosi e alla Costituzione anche allo spirito delle leggi sulle materie regolate; l'art. 170 Cost. ir. obbliga i giudici a disapplicare i regolamenti contrari alle leggi e alle norme islamiche,

ziari (art. 1 the *Uniformity of Jurisprudence Act*, 1949²³), le consuetudini (artt. 132, 220 cod. civ.).

2. La Repubblica islamica iraniana: identità e religione

Alla religione sciita viene riconosciuta una centralità fondamentale nella formazione dell'identità nazionale, che si è sviluppata in opposizione alle dominazioni straniere che si sono avvicinate nel territorio iraniano. In particolare la *leadership* religiosa e il clero, spesso espressione dei movimenti nazionalisti, hanno avuto un ruolo determinante contro le dominazioni straniere, contribuendo all'elaborazione di un senso di appartenenza del popolo iraniano, unificato sotto l'egida religiosa²⁴. La religione ha svolto un ruolo decisivo nel riunire i diversi gruppi etnici stanziati nella regione iraniana. Mentre il regime Pahlavi ha usato le tradizioni inerenti all'amministrazione e al potere burocratico statale per riunire le differenti etnie, la Repubblica islamica dell'Iran ha mantenuto l'unione nazionale sotto la bandiera della religione sciita. Tutto nella società deve essere subordinato all'Islam e lo Stato islamico è la sola istituzione unificante al servizio dell'Islam. La religione sciita è pertanto considerata come elemento ineliminabile dello Stato iraniano, contribuendo a definirne l'essenza²⁵.

prevedendo il diritto di adire la Corte di giustizia amministrativa per annullare i regolamenti.

²³ Art. 1 *Uniformity of Jurisprudence Act*, 1949: «Whenever branches of Supreme Court create different precedence for similar cases, by request from the Minister of Justice or head of the said Court or Prosecutor General, the General Board of the Supreme Court, which in this case should be in session by the presence of at least three quarters of the head justices of the said Court, shall consider the disputed issue and solicit opinions. In this situation, the opinion of the majority of the said Board should be followed by branches of the Supreme Court and the courts in similar cases and may not be changed except by the opinion of the General Board or by the law».

²⁴ Si riconosce un importante ruolo degli ulema, all'inizio del secolo scorso, sia nel contrastare il monopolio britannico nella produzione e distribuzione del tabacco, sia nella rivoluzione costituzionale del 1905-1911 in cui, in particolare, diedero un rilevante contributo nella costruzione di un sistema parlamentare, cfr. M. AMJAD, *Shi'ism and Revolution in Iran*, in 31 *J. Church & St*, 1989, pp. 41 ss.

²⁵ Cfr. A. FARAZMAND, *Religion and Politics in Contemporary Iran: Shi'a Radicalism, Revolution and National Character*, in 3 *Int'l J. Group Rts*, 1995-1996, pp. 243 ss. Sull'influenza della religione nella rivoluzione del 1979 cfr. M. AMJAD, *Shi'ism* cit., pp. 36 ss.

Per quanto riguarda i rapporti con le altre religioni, le disposizioni contenute negli articoli 12-14 della Costituzione riconoscono come religione ufficiale la religione islamica sciita di scuola giafariata imamita²⁶, sebbene acconsentano l'organizzazione di altre scuole di pensiero islamiche per fini educativi o per la disciplina dello *status* personale e della relativa tutela giudiziaria.

Secondo la Costituzione i non musulmani devono essere trattati con «*justice and equity*» ma solo se non cospirano contro lo Stato e la sua religione²⁷, prevedendo il riconoscimento di alcune religioni – lo zoroastrismo, il giudaismo e il cristianesimo – e il riconoscimento della libertà, nei limiti della legge, di esercitare i propri riti e cerimonie religiose. Da questa disposizione discendono pertanto due importanti conseguenze. Da una parte il riconoscimento operato nella disposizione costituzionale riguarda solo i membri di queste religioni, escludendo qualsiasi garanzia di libertà di culto e di svolgimento di attività educative per chi professa altre fedi come i buddisti, gli indu e i baha'i²⁸. Da un'altra la Costituzione pur riconoscendo le tre suindicate religioni le sottopone ai limiti disposti dalla legge, ponendo le premesse per legittime restrizioni della libertà di religione²⁹.

Inoltre, sebbene l'art. 23 Cost. statuisca che nessuno debba essere molestato per la propria fede religiosa, ai musulmani è fatto divieto di rinunciare al proprio credo religioso e di sceglierne un altro: le corti iraniane sono legittimate a punire i musulmani per apostasia. La libertà di religione in Iran sembra effettivamente garantita solo a chi segue la religione ufficiale di Stato³⁰. L'art. 23 Cost. vieta ogni forma di investigazione sull'appartenenza ad un credo religioso. Nonostante tale disposizione la stessa Costituzione prevede delle deroghe. L'art. 115 statuisce infatti che la fede nei principi islamici della Repubblica iraniana e nella religione ufficiale del paese sia una condizione indispensabile per i candidati alla Presidenza della Repubblica, il che presuppone che si svolga un'indagine sull'appartenenza religiosa. Inoltre il Consiglio

²⁶ Art. 12 Cost. ir. Sulle scuole di obbedienza sciite, in particolare su quella giafariata Cfr. A. SAMI ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Il diritto* cit., pp. 59 ss.

²⁷ Art. 14 Cost. ir.

²⁸ Sull'origine storica di tale religione in Persia e sulla persecuzione operata nei confronti dei credenti baha'i cfr. D.E. ARTZ, *Religious Human Rights in Muslim States of the Middle East and North Africa*, in 10 *Emory Int'l L.Rev.*, 1996, pp. 157 ss.

²⁹ J. F. COHEN, *Islamic Law In Iran: Can It Protect the International Legal Right of Freedom of Religion and Belief?*, in 9 *Chi. J. Int'l L.*, 2008-2009, pp. 257 ss.

³⁰ Cfr. S.I. STRONG, *Law* cit., 153.

dei Guardiani può escludere candidati in base alle loro credenze religiose (art. 99 Cost.)³¹.

Anche nell'ambito della disciplina dei diritti si subordina il loro esercizio al rispetto dei principi fondamentali dell'Islam³². Così la previsione dell'eguaglianza davanti la legge di tutti i cittadini³³ è subordinata al rispetto degli «*islamic criteria*» (art. 20 Cost.)³⁴; analoga è la previsione che concerne i diritti delle donne (art. 21 Cost.), la libertà di stampa (art. 24 Cost.), la libertà di associazione (art. 26 Cost.), la libertà di riunione (art. 27 Cost.), il diritto di scegliere il lavoro (art. 28 Cost.), la libertà di espressione³⁵ (art. 175 Cost.).

Nel capitolo IV, riguardante l'economia e gli affari finanziari, si sottolinea come il settore cooperativo, su cui si fonda parte dell'economia iraniana, deve essere conforme ai precetti islamici (art. 44 Cost.) così come deve esserlo il potere di confisca dello Stato (art. 48 Cost.).

Infine, l'obiettivo della realizzazione di uno Stato islamico influen-

³¹ Il Consiglio ha infatti il potere di escludere i candidati dalla competizione elettorale presidenziale in base all'ideologia politica professata e al rispetto dei precetti religiosi e morali. In base all' art. 115 Cost. ir. il Presidente della Repubblica è scelto tra personalità di rilievo in campo politico e religioso, di nazionalità e origine iraniana, con capacità direttive, affidabile e onesto, di comprovata fede musulmana, rispettoso del governo islamico. La preselezione che viene svolta dal Consiglio dei guardiani inficia la democraticità del voto espresso dal corpo elettorale, che viene privato del potere di decidere liberamente i propri rappresentanti. Nelle ultime elezioni presidenziali che si sono svolte il 14.6.2013, il Consiglio ha confermato otto candidati su circa 700 candidature presentate. Sulla democraticità delle elezioni in Iran Cfr. T. OTSUKA, "Where is My Vote?": *Democratizing Iranian Election Law Through International Legal Recourse*, in 33 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev* 2010, pp. 339 ss., M. KAR, *Islam, Democracy and Post 9 /11 Nation Building: Is the Islamic Republic of Iran Compatible with the Principles of Democracy and Human Rights?*, in 6 *Regent J. Int'l. L.* 2008, pp. 387 ss.

³² Per un'analisi sulle problematiche connesse alla tutela dei diritti umani in Iran cfr. R. AFSHARI, *Human Rights in Iran. The Abuse of Cultural Relativism*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2001; cfr. anche S. EBADI, *Islam cit.*, pp. 13 ss., A.A.AN-NAIM, *A New Islamic Politics. Faith and Human Rights in the Middle East*, in 75 *Foreign Aff.*, 1996, pp. 122 ss., ID, *Toward an Islamic Reformation. Civil Liberties, Human Rights and International Law*, Syracuse University Press, New York, 1990, pp. 161 ss.

³³ Sulla differenze legislative previste nell'ordinamento iraniano tra uomini e donne cfr. A. ABGHARI, *Introduction cit.*, pp. 119 ss.

³⁴ È interessante notare che la disposizione concernente il principio di eguaglianza non menziona tra le possibili cause di discriminazione quella religiosa.

³⁵ Sulle problematiche inerenti alla libertà di stampa cfr. H. SHAHIDI, *Iranian Journalism and the Law in the Twentieth Century*, in *Iranian Studies. Journal of the International Society for Iranian Studies*, 2008, 41, pp. 739 ss.

za anche le norme riguardanti la forma di governo: gli organi costituzionali trovano infatti legittimata la loro azione solo se finalizzata al raggiungimento di tale scopo³⁶.

3. *Il diritto islamico e la Costituzione iraniana: la supremazia della Shari'a*

La Costituzione iraniana è permeata dal riconoscimento della supremazia della religione islamica sin dal preambolo dove si sottolinea che scopo della Costituzione è creare le condizioni necessarie per la realizzazione di una società in cui possano realizzarsi i valori universali dell'Islam³⁷.

L'art. 1 Cost. espressamente prevede che l'Iran è una Repubblica islamica³⁸ e l'art. 2 Cost. definisce come tale un sistema che si fonda,

³⁶ Art. 56 Cost. ir., artt. 91-98 Cost. ir., artt. 107-111 Cost. ir., artt. 156-174 Cost. ir.; cfr. P.L. PETRILLO, *Iran*, il Mulino, Bologna, 2008, 55.

³⁷ Sull'idea che gli Stati islamici hanno in comune l'Islam, che è religione, ma è anche cultura, società e coesione cfr. A. PREDIERI, *Shari'a* cit., 60. È interessante notare come la Costituzione iraniana non limita i suoi effetti all'interno dei confini territoriali dello Stato, ma considera l'espansione dell'Islam nel mondo intero così come la difesa dei diritti dei musulmani indipendentemente da dove si trovino (art.152 cost. e anche il preambolo della costituzione), cfr. S.I. STRONG, *Law* cit., 152.

³⁸ Anche nella Costituzione afgana del 2004 si usa la definizione di Stato repubblicano islamico. Sottolinea le incertezze in ordine a tale formulazione M. PAPA, *Afghanistan: tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra Shari'a, consuetudini e diritto statale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 283 ss. Come nell'ordinamento iraniano anche nella Costituzione afgana si ribadisce il ruolo centrale dell'Islam riconoscendolo come religione sacra della Repubblica (art. 2 Cost. afg.); inoltre nel successivo art. 3 si dispone che nessuna legge può essere contraria ai principi e ai precetti islamici. Sulle diverse interpretazioni di tale disposizione vd. M. PAPA, *Afghanistan* cit., pp. 294 ss. Sulle critiche nei confronti di tale previsione, in particolare sul ruolo che la giurisprudenza può assumere nel rilevare il contrasto tra la legge e i precetti islamici vd. A. ARJOMAND, *Constitutional Developments in Afghanistan: a Comparative and Historical Perspective*, in *53 Drake L. Rev.*, 2004-2005, pp. 943 ss.; H. TRAVIS, *Freedom or Theocracy?: Constitutionalism in Afghanistan and Iraq*, in *3 Nw. Univ. J. Int'l Hum. Rts.*, 2005, 1, pp. 20 ss. Sul limite che può costituire la conformità ai principi islamici cfr. anche M. OLIVIERO, *La nuova Costituzione dell'Afghanistan*, in *Quad. cost.*, 2004, 2, pp. 404 ss. Riguardo al rapporto tra il diritto islamico e le consuetudini all'interno dell'ordinamento afgano vd. anche N. YASSARI, M.H.SABOORI, *Shari'a and National Law in Afghanistan*, in J.M. OTTO (a cura di), *Shari'a Incorporated. A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden University Press, Leiden, 2010, pp. 273 ss.

tra l'altro, sulla fede in un unico Dio e nella sua esclusiva sovranità³⁹. Da tale disposizione discende la giustificazione principale della deferenza nei confronti dei precetti religiosi da parte del governo iraniano. Dalla sovranità divina e dal suo diritto di legiferare consegue che tutte le leggi umane devono conformarsi ai precetti religiosi. L'art. 4 Cost. consolida tale prospettiva e sancisce al vertice del sistema delle fonti la legge islamica prevedendo che tutte le leggi civili, penali, finanziarie, economiche, amministrative, culturali, militari, politiche e di altro tipo, e tutte le normative devono essere fondate sui precetti islamici. Questa disposizione si applica in modo assoluto e universale a tutti gli articoli della Costituzione come pure ad ogni altra norma e regola, affidando al Consiglio dei Guardiani il compito di assicurarne il rispetto. In tal modo la Costituzione iraniana dispone che gli eventuali conflitti tra leggi secolari e religiose dovranno risolversi in base al principio generale della supremazia dei principi islamici. Il risultato è la subordinazione del potere legislativo degli organi elettivi al potere degli organi orientati religiosamente, come il Consiglio dei Guardiani, che hanno una diversa origine.

I precetti islamici sono pertanto una fonte che non è posta dallo Stato, ma da cui lo stesso ordinamento trae la propria legittimazione e ne riconosce la supremazia. Vi è quindi una stretta connessione tra il concetto di diritto e quello di religione tanto che si evidenzia come nel concetto di *Shari'a* il diritto risulti come una delle componenti della religione⁴⁰.

³⁹ L'art. 2 cost. afferma che la Repubblica islamica iraniana si basa sulla fede in "One God (as stated in the phrase "There is no god except Allah"), His exclusive sovereignty and right to legislate, and the necessity of submission to His commands; 2) Divine revelation and its fundamental role in setting forth the laws; 3) the return to God in the Hereafter, and the constructive role of this belief in the course of man's ascent towards God; 4) the justice of God in creation and legislation; 5) continuous leadership and perpetual guidance, and its fundamental role in ensuring the uninterrupted process of the revolution of Islam".

⁴⁰ Cfr. A. PREDIERI, *Shari'a* cit., 73. Sottolinea l'Autore che il campo semantico della *Shari'a* non va inteso come un diritto sovraordinato rispetto a quello della società politica, ma caratterizzato da un rapporto di immedesimazione in modo che il diritto risulti come una delle varie componenti della religione. Vd. anche A. SAMI ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Il diritto* cit., 43. L'Autore rileva come nel discorso musulmano il concetto di diritto e di religione si confondano già sul piano terminologico: il termine religione (*din*) in arabo significa "sottomissione", "giudizio finale". I giuristi definiscono la religione «il sistema divino che conduce colui che lo segue sulla retta via, alla virtù in questa vita e alla salvezza nell'altra»: la religione comprende pertanto anche le

Il riconoscimento di un diritto apicale di origine divina convive, come vedremo, con la previsione di norme sulla produzione normativa all'interno dell'ordinamento.

A garanzia di tale previsione si dispone in puntuali norme costituzionali l'illegittimità della legislazione contraria ai precetti islamici (art. 72 Cost.) e l'obbligo dei giudici di disapplicare le regole ad essi contrarie (art. 170 Cost.).

Vi sono poi diversi articoli da cui è manifesta la supremazia e il rilievo della *Shari'a*: l'art. 8 Cost. prevede l'applicazione del principio islamico dell'obbligo di rispetto reciproco nei rapporti tra Stato e cittadini⁴¹; l'art. 10 Cost. riconosce la centralità della famiglia sulla base dell'etica dell'Islam⁴²; gli artt. 3 c.16, 11 e 152 Cost. dispongono

questioni giuridiche. Il termine *Shari'a*, usato per designare il diritto musulmano, etimologicamente significa «il cammino che conduce all'abbeveratoio, al corso d'acqua che non si prosciuga». Indica quindi la strada seguire. Cfr. F. CASTRO, *Il modello* cit., 1 che definisce la *Shari'a* una parte della religione islamica che prescrive ai credenti ciò che devono o non devono fare, metaforicamente definita come la «via (diritta) rivelata da Dio». Sulla non univocità della *Shari'a* cfr. K.S.VIKØR, *Between God* cit., 3. L'Autore sottolinea come il termine *Shari'a* si riferisca alle norme legali islamiche, ma che essa, differentemente dal diritto occidentale, non deriva dalle scelte di un Parlamento, ma è il risultato degli sforzi individuali dei religiosi che studiano la rivelazione divina. Il diritto islamico viene distinto poi in due gruppi: uno riguarda i rapporti tra gli uomini, l'altro i rapporti tra l'uomo e Dio. Cfr. anche M. OLIVIERO, *Il costituzionalismo dei paesi arabi. Le costituzioni del Maghreb*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 6 ss.

⁴¹ Nel rispetto di quanto disposto nel Corano: «*The believers, men and women, are guardians of one another, they enjoin the good and forbid the evil*», [9:71]. Sull'interpretazione di tale articolo che impone una clausola morale cfr. L.CATA'BACKER, *God(s) Over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century*, in *Miss. C.L. Rev.*, 2007-2008, 54, nt. 237.

⁴² Nel preambolo della Costituzione si definisce la famiglia come «*the fundamental unit of society*» e si sancisce che è dovere dello Stato islamico provvedere a supportarla. Inoltre la Costituzione prevede l'istituzione di specifiche corti per proteggere e preservare la famiglia (art. 21, c. 3 Cost. ir.). Nonostante la centralità che essa assume nella religione islamica bisogna però considerare come l'osservanza dei precetti religiosi comporti la violazione dei diritti di parte dei componenti della famiglia. Si pensi alla condizione delle donne e alle molteplici limitazioni derivanti dai precetti religiosi a cui la Costituzione espressamente rimanda: art. 20 Cost. ir. (uguaglianza), art. 28 Cost. ir. (scelta del lavoro), art. 40 Cost. ir. (limiti all'esercizio dei diritti per pubblici interessi). Prima della rivoluzione del 1979 veniva garantita una maggiore uguaglianza tra gli uomini e le donne anche in materia di divorzio, tutelato da corti civili e non religiose, l'aborto era legalizzato e la poligamia tenuta dentro stretti limiti. Oggi, invece, una donna per ottenere il divorzio necessita del consenso del marito o, ma solo per circostanze specifiche, di un ordine giudiziario. Inoltre una donna deve aspettare dodici

l'applicazione del principio dell'unità dell'Islam nell'ambito della politica estera attraverso l'espansione della religione islamica in tutto il mondo e la difesa dei diritti di tutti i musulmani⁴³.

4. Il diritto religioso islamico e il diritto di famiglia

Le materie inerenti allo *status personae* sono disciplinate dal diritto religioso islamico. È comune a molti paesi del Medio Oriente la mancanza di una disciplina civile in tali materie, che vengono regolamentate dai precetti della confessione religiosa di appartenenza. Il fondamento di tale autonomia si trova nel sistema dei *millet*, secondo cui le diverse minoranze religiose potevano disciplinare lo *status* personale dei membri della propria comunità. Diversi sono i motivi addotti a sostegno del mantenimento della normativa religiosa in questo ambito. Si fa riferimento alla completezza del Corano che disciplina dettagliatamente queste materie anche per ciò che attiene ai risvolti legali. Inoltre la vigenza delle norme religiose troverebbe il supporto di una parte della società in ordine alla conferma del sistema della famiglia patriarcale. In questo modo verrebbero infatti mantenuti il potere e i privilegi tradizionalmente acquisiti a discapito della figura femminile, tanto che si è osservato come le norme islamiche sullo *status personae* abbiano assunto una funzione più importante ora che nel passato, dove il controllo sociale sulla vita delle donne rendeva le sanzioni legali superflue.

mesi prima di risposarsi, mentre il marito non è sottoposto ad alcun limite. Il problema maggiore non è comunque ottenere il divorzio, ma le difficoltà economiche che ne conseguono cfr. S.I. STRONG, *Law cit.*, pp. 165-169. Sulla legislazione discriminatoria nei confronti delle donne in Iran cfr. S EBADY, *Islam, Human Rights and Iran*, in 23 *Emory Int'l L. Rev.*, 2009, pp. 18 ss. Il diritto iraniano sulla famiglia si basa sulle norme religiose sciite ed è disciplinato nel codice civile, approvato nel 1934-35 e più volte modificato dopo la rivoluzione del 1979, e nel *Family Protection Act*, 1975, cfr. H. SAFA'I, *Le mariage et le divorce en droit iranien*, in J. BASEDOW, N. YASSARI (a cura di), *Iranian Family and Succession Law and Their Application in German Courts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 69ss. Sulla giurisdizione delle corti di famiglia cfr. H. HAMIDIAN, *Jurisdiction of Family Courts in Iran*, in J. BASEDOW, N. YASSARI (a cura di), *Iranian cit.*, pp. 81 ss. Cfr. paragrafo 4.

⁴³ Anche in questo caso nel rispetto del principio affermato nel Corano: «*This your community is a single community, and I am your Lord, so worship Me*» [21:92].

La preservazione delle norme religiose, quindi, è servita per perpetuare il controllo sulle donne⁴⁴.

È interessante soffermarsi, seppure brevemente, sulla disciplina del diritto di famiglia, per evidenziare in che modo il diritto religioso islamico svolga la sua funzione di fonte all'interno dell'ordinamento iraniano. L'influenza delle norme religiose non avviene infatti solo per il richiamo espresso nel testo costituzionale che ne riconosce la superiorità, ma si realizza anche nel recepimento effettuato nella codificazione normativa dei precetti islamici, seppure non richiamando direttamente la fonte religiosa, ma approvando disposizioni normative che trovano in essa il loro fondamento. Non c'è pertanto l'incorporazione del diritto religioso nell'ordinamento iraniano così come avviene nello Stato israeliano nelle medesime materie inerenti allo *status personae*, per l'ovvia considerazione che in Iran manca il dualismo tra sfera secolare e religiosa necessario affinché si possa parlare di incorporazione.

Il diritto di famiglia è stato codificato nel codice civile, approvato tra il 1928 e il 1935, e nel *Family Protection Act*, 1967, emendato in modo significativo nel 1975. Entrambi questi atti normativi rientrano nel processo di secolarizzazione avviato dallo *Shah* Pahlavi, che intendeva riformare in tal senso il sistema legale. Sebbene il codice in molte materie mostri significative influenze del diritto europeo, nelle materie inerenti allo *status personae* le disposizioni sono una semplificazione e la codificazione della classica *Ithna 'Ashari law*⁴⁵. Nel 1931 veniva poi approvata la *Marriage Law*⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. A.E. MAYER, *Law cit.*, 1042. Sebbene molte norme variano a seconda se si è sunniti o sciiti è sempre costante il privilegio nei confronti degli uomini: a titolo esemplificativo le donne sono sotto la tutela dei parenti maschi o dei mariti a cui devono obbedienza, devono essere monogame e hanno dei diritti limitati al termine del matrimonio, mentre l'uomo può avere diverse mogli e ha il diritto unilaterale di sciogliere il matrimonio; anche per le successioni non sono garantiti i medesimi diritti tra l'uomo e la donna. La preservazione delle norme religiose nell'area dello *status personae* determina, pertanto, una forte discriminazione contro le donne.

⁴⁵ *Ithna 'Ashari Shi'is* è la branca maggiore del movimento sciita, seguito dalla maggioranza della popolazione iraniana, cfr. A. K. FERDOWS, *The Status and Rights of Women in Ithna 'Ashari Shi'i Islam*, in A. FATHI (a cura di), *Women and the Family in Iran*, Brill, Leiden, 1985, pp. 13 ss. La divergenza maggiore rispetto al diritto religioso consisteva nella disciplina dell'età per contrarre il matrimonio, vietandolo prima dei 13 anni per le ragazze e richiedendo il permesso delle corti sotto i 15, pp. 23 ss.

⁴⁶ Questa legge è stata emendata nel 1937 e contiene alcune disposizioni ancora vigenti, in particolare sulla registrazione dei matrimoni e dei divorzi, vd. S. MC GLINN, *Family Law in Iran*, Christchurch, 2002, 18.

L'effetto di tale codificazione è stato l'assoggettamento della disciplina del matrimonio alle disposizioni statali, imponendo la registrazione di tutti i matrimoni e i divorzi e vietandone il riconoscimento senza la registrazione nei registri civili. Ma la riforma più radicale doveva ancora venire e fu realizzata qualche anno più avanti, nel 1967, con l'approvazione della *Family Protection Law*, con cui si è realizzato un decisivo divario con la normativa religiosa, prevedendo l'abolizione del divorzio extra giudiziale riconosciuto ai mariti, dei limiti precisi alla poligamia ammessa solo in casi speciali, l'incremento dell'età per sposarsi a 15 anni per le femmine e a 18 per i maschi e l'istituzione di corti competenti ad applicare la legislazione sul diritto di famiglia (*Family courts*). Nel 1975 la legge veniva modificata, elevando ancora l'età per contrarre il matrimonio a 18 anni per le donne e 21 per i maschi e introducendo modifiche per l'affidamento dei minori e il mantenimento delle mogli divorziate. Si procedeva, inoltre, a dare ordine alla normativa esistente tramite l'abrogazione di tutte le discipline contrastanti con tale legge. Da questa riforma in senso secolare derivava ovviamente anche l'autonomia delle corti di famiglia a cui era consentito di non applicare più le disposizioni religiose⁴⁷.

La legge venne fortemente contrastata dal clero, che lamentava la violazione dei principi sacri della *Shari'a*, tanto che durante la rivoluzione del 1979 divenne simbolo di legislazione non islamica, preannunciando il ritorno alle disposizioni religiose. Dopo la rivoluzione del 1979 si provvide ad iniziare un processo di islamizzazione del sistema legale. La legge fu pertanto sospesa⁴⁸, furono abolite le corti di famiglia e si provvide a istituire le *Special civil courts*, presiedute da giudici islamici, competenti a decidere su dispute familiari inerenti al matrimonio, al divorzio, all'annullamento del matrimonio, al mantenimento della moglie, all'affidamento dei minori e alle questioni ereditarie⁴⁹.

Solo successivamente sono state reintrodotte alcune parti della legge: nel 1992 si è vietato il divorzio privo di certificazione da parte delle corti e si è imposta la registrazione dei matrimoni⁵⁰ e nel 1997 si sono

⁴⁷ Cfr. Z. HOSSEINI, *Marriage on Trial. A study of Islamic Family Law*, I.B. Tauris, London, 2000, pp. 54 ss.

⁴⁸ Cfr. S. MCGLINN, *Family cit.*, pp. 23 ss.

⁴⁹ A. AN-NA'IM, *Islamic Family Law in a Changing World. A Global Resource Book*, Zed Books Ltd, London, 2002, pp. 108 ss.

⁵⁰ I. SCHNEIDER, *Articulation of Islamic and non Islamic System: Iran*, in AA.VV., *Enciclopedia of Women & Islamic Cultures. Family Law and Politics*, Brill, Leiden, 2005, pp. 392 ss.

reintrodotte le *Family Courts*, tanto che parte della dottrina rileva che all'inizio del XXI secolo il diritto di famiglia iraniano non differisce in modo significativo dalla disciplina contenuta nel codice civile all'inizio del secolo scorso. L'aspetto che sembra significativo è che il codice civile che disciplina tale materia, e che trova il suo fondamento nei precetti religiosi, non è una riproduzione pedissequa della normativa religiosa, ma in molte disposizioni si allontana dalla tradizione religiosa sciita. Il che evidenzia come, differentemente dal sistema israeliano in cui il diritto religioso è interamente incorporato e disciplina, così come ai tempi dei *millet*, lo *status personae*, la codificazione iraniana della normativa religiosa si è a volte discostata da questa.

5. La Costituzione iraniana

La Costituzione vigente, entrata in vigore dopo la rivoluzione del 1979⁵¹ e modificata nel 1989⁵², prende il posto della precedente Costituzione del 1906. Si sottolinea come questa Costituzione fosse stata fortemente voluta da due gruppi antagonisti: gli intellettuali che desideravano una separazione tra la religione e lo Stato e il clero (ulema) che, al contrario, voleva un maggior riconoscimento del ruolo della religione nella società e nel governo del paese⁵³. Il testo della Costituzione, firmata dallo *Shah* il 30.12.1906, si rifaceva alla Costituzione belga del 1831 e pur prevedendo l'istituzione di un Parlamento (*Majles*), ac-

⁵¹ Per un'analisi sulle problematiche sociali che hanno influenzato la rivoluzione iraniana cfr. G. KEPEL, *Jihad. Ascesa e declino. Storia del fondamentalismo islamico*, Carocci, Roma, 2000, pp. 115 ss. Si sofferma accuratamente sugli anni precedenti la rivoluzione S. BAKHASH, *The Reign of the Ayatollahs: Iran and the Islamic Revolution*, Basic Book, New York, 1984, pp. 38 ss. Vd. anche B. JANUARY, *The Iranian Revolution*, Lerner Publishing Group, Minneapolis, 2008. Sulle radici socio-economiche dell'Iran cfr. P. DAGRADI, F. FARINELLI, *Geografia del mondo arabo e islamico*, Utet, Torino, 1997, pp. 135 ss. Sulla storia dello sciismo in Iran cfr. B. SCARCIA AMORETTI, *Sciiti nel mondo*, Jouvence, Roma, 1994, pp. 129 ss. Per il rapporto tra la religione sciita e la rivoluzione del 1979 vd. M. AMJAD, *Shi'ism* cit., pp. 35 ss.

⁵² Sui cambiamenti del testo costituzionale dalla bozza della Costituzione del 1979 alla revisione del 1989 vd. F. MORONI, *Le Costituzioni della Repubblica islamica dell'Iran*, in *Oriente Moderno*, 2008, 1, pp. 109 ss.

⁵³ Sul conflitto tra Stato e ulema come elemento caratterizzante la storia persiana cfr. I.M. LAPIDUS, *Storia delle società islamiche. I popoli musulmani*, III, Einaudi, Torino, 2000, pp. 27 ss. Sul rapporto tra la dinastia dei Pahlavi e la religione cfr. G.W. BRASWELL, *Civil Religion in Contemporary Iran*, in 21 *J. Church & St.*, 1979, pp. 223 ss.

contentava le pretese degli ulema riconoscendo un ruolo non marginale al potere religioso. L'art. 1 della Costituzione dichiarava la religione sciita religione di Stato; l'art. 2 prevedeva la creazione di un comitato religioso che avrebbe dovuto assicurare la conformità delle leggi all'Islam; gli artt. 20 e 21 vietavano tutte le pubblicazioni e associazioni contrarie ai precetti islamici e, infine, l'art. 27 istituiva un sistema giudiziario caratterizzato sia da corti religiose sia da corti civili con una divisione per materia delle rispettive competenze.

È importante soffermarsi sul dibattito che in quel periodo si sviluppò tra gli ulema in ordine alla legittimazione della Costituzione, non solo per capire gli eventi che ne portarono all'approvazione, ma anche perché si tratta di un dibattito ancora attuale. In particolare la diatriba era sul ruolo che una Costituzione secolare avrebbe dovuto svolgere in una società islamica e su quale ruolo, se se ne poteva riconoscere alcuno, la sovranità popolare avrebbe dovuto avere. Da una parte il dibattito era portato avanti dal moderato Mirza Muhammad-Hossein Gharvi-Na'ini, dall'altro dal conservatore *Ayatollah* Fazlollah Nuri. Il primo supportava la scelta di una Costituzione secolare considerata compatibile con l'Islam, definito esso stesso come "costituzionale" perché fondato su leggi religiose e civili. Sebbene nessun governo al di fuori di quello dei dodici imam fosse realmente legittimo, un sistema costituzionale era pur sempre necessario per limitare il potere arbitrario e per prevenire il dispotismo. Si lasciava spazio pertanto ad una limitata sovranità popolare, necessaria per le elezioni di una assemblea consultiva nazionale⁵⁴.

Nuri invece sosteneva che molte forme di libertà previste nella Costituzione fossero antitetiche all'Islam; la sovranità discendeva solo da Dio, dal profeta e dagli ulema: al popolo non doveva essere riconosciuta alcuna sovranità. In un sistema islamico, infatti, Dio è l'unico legislatore e le sue leggi possono essere capite e diffuse solo tramite gli insegnamenti del clero. In tale pensiero non c'è spazio per la sovranità popolare.

La Costituzione fu approvata nonostante l'opposizione degli ulema, ma non fu una gran vittoria visto che le previsioni costituzionali furono ignorate. Durante il regno della famiglia di Pahlavi alcun pote-

⁵⁴ In ordine alle considerazioni sul pensiero di Na'ini che, pur riconoscendo l'importanza della partecipazione del popolo nella vita politica dello Stato, tralasciava di esaminare i conflitti tra la tradizione islamica e quella occidentale inerente all'organizzazione politica costituzionale, cfr. I.M. LAPIDUS, *Storia* cit., pp. 34 ss.

re venne riconosciuto agli ulema, i comitati ecclesiastici non furono mai convocati, la partecipazione popolare fu inesistente e il Parlamento svolse la sua funzione sotto le direttive dello *Shah*⁵⁵. In conclusione non furono soddisfatte né le aspettative degli intellettuali né quelle del clero.

La successiva ed attuale Costituzione approvata in seguito alla rivoluzione del 1979 istituisce una teocrazia, riprendendo il pensiero che lo stesso Khomeini aveva elaborato negli anni precedenti e raccolto nel lavoro *Velayat-e Faqih*: nessuna distinzione deve esistere tra Stato e religione in uno Stato islamico; solo il clero è legittimato a governare e tale potere deriva dal profeta tramite gli insegnamenti degli imam⁵⁶. L'imam che quindi verrà designato dagli esperti religiosi eserciterà insieme le funzioni religiose e quelle secolari. Circa dieci anni dopo tale teorizzazione Khomeini, tornato dall'esilio, istituisce un sistema di governo teocratico affidando al disegno di una Costituzione secolare⁵⁷ la previsione di uno Stato islamico caratterizzato dalla centralità del po-

⁵⁵ Cfr. M. MILANI, *Shi'ism and the State in the Constitution of the Islamic Republic of Iran*, in S.K. FARSOON, M. MASHAYEKHI (a cura di), *Iran: Political Culture in the Islamic Republic of Iran*, Routledge, London, 1992, pp. 92 ss.

⁵⁶ Cfr. P. ABDOLMOHAMMADI, *Il repubblicanesimo islamico dell'Ayatollah Khomeini*, in *Oriente Moderno*, 2009, 1, pp. 87 ss. L'Autore si sofferma in modo accurato sull'evoluzione e la trasformazione nel tempo del pensiero politico di Khomeini in merito alla teoria del *Velayat-e Faqih*, soffermandosi in particolare sui cambiamenti di tale teoria che hanno portato all'instaurazione del "governo dell'esperto della legge".

⁵⁷ Per la redazione della nuova Costituzione viene eletta un'Assemblea di esperti, la cui maggioranza superiore ai 2/3 appartiene all'*Islamic Republican Party* di Khomeini. L'opposizione secolare infatti resta frammentata, senza un'agenda coerente e non riesce ad ottenere un numero considerevole di rappresentanti all'interno dell'Assemblea. Nel discorso inaugurale di Khomeini viene ribadito che la nuova Costituzione deve essere islamica e a garanzia di ciò l'Assemblea elegge due fedeli di Khomeini come presidente e vice presidente. L'Assemblea viene divisa in sette commissioni ognuna competente per una specifica materia; il testo elaborato da ciascuna commissione viene poi votato in Assemblea. Ad una di queste commissioni – denominata *Goals of the Constitution Committee* – viene affidato il compito di definire il ruolo del *faqih*. Nonostante alcune critiche da parte del clero moderato sulla possibilità che un uomo potesse avere i requisiti di conoscenza per guidare il popolo, qualità riconosciute solo agli infallibili imam, l'articolo ebbe il voto finale da parte dell'Assemblea. Cfr. N. SHEVLIN, *Velayat-e Faqih in the Constitution of Iran: the Implementation of Theocracy*, in *U.Pa.J.Const.L.*, 1998, 1, pp. 358 ss.; N.J. BROWN, *Islamic Constitutionalism in Theory and in Practice*, in E. COTRAN, A.O. SHERIF, *Democracy, the Rule of Law and Islam*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 491 ss. Sul diverso ruolo esercitato nel tempo dalla *Shari'a* nell'ambito dell'ordinamento iraniano cfr. Z. HOSSEINI, *Shari'a and National Law in Iran*, in J.M. OTTO (cur.), *Shari'a* cit., pp. 319 ss.

tere religioso e politico del *Faqih (Rule of the Jurist)*⁵⁸. È intorno a questa figura che ruota tutto il sistema giuridico.

Secondo la religione islamica il Profeta Muhammad era contemporaneamente capo dei credenti e custode della legge. Dopo la sua morte, secondo la tradizione sciita⁵⁹, la titolarità sia del potere religioso sia di quello politico spetterebbe unicamente ai suoi discendenti e quindi ad 'Ali, – che sarebbe pertanto il primo imam – e ai suoi discendenti⁶⁰. Si considerano succeduti nella storia dodici legittimi imam, fino alla scomparsa o occultamento alla fine del IX secolo dell'ultimo⁶¹. In sua assenza, l'autorità politica infallibile dell'imam entra in crisi perdendo la legittimazione a governare gli uomini. Per tale motivo parte del clero si oppone ad una diretta partecipazione alla vita politica e giuridica dello Stato, anche se si riconosce agli esperti religiosi la migliore competenza a giudicare sulla conformità ai precetti religiosi⁶².

⁵⁸ Cfr. D. BRUMBERG, *Reinventing Khomeini: the Struggle for Reform in Iran*, University of Chicago Press, Chicago, 2001, pp. 81 ss. L'art. 5 della Costituzione prevede che: «*the governance and leadership of the nation devolve upon the just and pious faqih who is acquainted with the circumstances of his age; courageous, resourceful, and possessed of administrative ability*». Sul carattere rivoluzionario della teorizzazione del *velayat-e faqih* sia nella storia iraniana sia nella religione sciita cfr. M.D. WELTON, *Islam, the West and the Rule of Law*, in *Pace Int'l. L. Rev.*, 2007, 19, pp. 169 ss.

⁵⁹ Sul movimento dei partigiani di 'Ali e in particolare sulla *shi'a* imamita cfr. A. VENTURA, *Confessioni scismatiche, eterodossie e nuove religioni*, in K.F. ALLAM, C. LO JACONO, A. VENTURA, (G. FILORAMO a cura di), *Islam*, LaTerza, 1999, Roma-Bari, pp. 314 ss. Sulla dottrina e l'ideologia sciita cfr. B. SCARCIA AMORETTI, *Sciiti* cit., pp. 15 ss.

⁶⁰ È noto che non essendo sopravvissuto al profeta alcun figlio maschio la discendenza si è realizzata tramite la figlia Fatima, sposa di un cugino del profeta, 'Ali, che gli risultava pertanto doppiamente imparentato.

⁶¹ Secondo la tradizione l'ultimo imam era scomparso alla vista di tutti in un sotterraneo (*sirdab*) adiacente alla moschea di Samirrà e da allora poteva essere visto solo da alcuni fidate persone tramite i quali continuava a reggere il potere temporale e spirituale. Questa modalità di esistenza dell'imam, definita "occultamento minore" dura fino al 941, anno in cui sarebbe cominciato "l'occultamento maggiore", periodo che dura tuttora, durante il quale l'imam è celato a tutti. Cfr. A. VENTURA, *Confessioni cit.*, pp. 329 ss.; A. SAMI ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Il diritto* cit., pp. 60 ss.; Cfr. B. SCARCIA AMORETTI, *Sciiti* cit., pp. 21 ss.

⁶² Si evidenzia come la teocrazia voluta da Khomeini abbia trasformato la tradizionale teoria sciita sull'autorità: con la Costituzione del 1979 si sono dovuti operare una serie di aggiustamenti necessari per sintetizzare l'idea teocratica del *Mandate of Jurist* con i principi legali e organizzativi dello Stato moderno iraniano. Cfr. S.A. ARJOMAND, *Authority in Shiism and Constitutional Developments in the Islamic Republic of Iran*, in R. BRUNNER, W. ENDE (a cura di), *The Twelver Shia in Modern Times: Religious Culture and Political History*, Brill, Leiden, 2001, pp. 301 ss.; ID, *Shi'te Juris-*

Secondo l'imamismo è impossibile che Dio abbia lasciato a se stessa la comunità dei fedeli: deve sempre esserci una guida, un'autorità spirituale e temporale che illumini gli uomini. È sulla base di tali premesse che Khomeini ha elaborato in termini politici il concetto di autorità suprema e di Guida religiosa che, in attesa del ritorno dell'imam legittimo⁶³, guidino la comunità e verifichino la conformità della politica del governo ai principi religiosi.

Potrebbe apparire strano che un ordinamento che professa il primato delle fonti religiose abbia sentito la necessità di redigere un testo costituzionale. L'Islam infatti è una religione che contiene molteplici, dettagliati e analitici precetti normativi; il suo testo sacro potrebbe pertanto fungere da Costituzione⁶⁴. Si sottolinea però come il diritto islamico abbia un campo semantico che può definirsi, allo stesso tempo, sia più sia meno ampio rispetto al concetto moderno di "diritto". È qualcosa di più perché si occupa anche di norme di comportamento etiche e sociali e di materie religiose, oltre che di norme e principi legali. È qualcosa in meno nel senso che è vincolante e obbligatoria se viene incorporata in un diritto positivo attraverso un atto di volontà politica di un ordinamento statale. Se si considerano insieme entrambi gli aspetti ne consegue che il *corpus* della *Shari'a* include norme che sono volontariamente osservate dai musulmani, individualmente e collettivamente, indipendentemente dall'intervento di uno Stato, e norme che invece ne richiedono l'intervento per ordinare ed imporre i precetti islamici⁶⁵.

prudence and Constitution Making in Iran, in M.E. MARTY, R.S. APPLEBY (a cura di), *Fundamentalist* cit., pp. 92 ss. In particolare sulle diverse accezioni in cui la dottrina sciita ha interpretato la teoria del *velayat-e faqih* evidenziando come il pensiero politico elaborato da Khomeini non fosse conforme alla dottrina tradizionale dell'Islam sciita vd. P. ABDOLMOHAMMADI, *Il repubblicanesimo* cit., pp. 90-97.

⁶³ Sul ritorno dell'imam cfr. A.A. SACHEDINA, *Islamic Messianism. The idea of the Mahdi in Twelver Shi'ism*, State University of New York Press, Albany, 1981.

⁶⁴ Sul ruolo delle Costituzioni nel mondo arabo cfr. N.J. BROWN, *Constitutions* cit., pp. 196 ss.

⁶⁵ A.A. AN-NA'IM, *The Foundations of Law: Globalization and Jurisprudence: an Islamic Law Perspective*, in *54 Emory Law Journal*, 2005., pp. 25 ss. Secondo parte della dottrina la *Shari'a*, pur regolando un ampio campo del diritto, non pone regole sulle norme, sul diritto costituzionale e pubblico e su diversi istituti moderni come le società per azioni, gli assegni bancari. Soprattutto si evidenzia che non regola la base giuridica del potere politico. Cfr. R. SACCO, *Diritti* cit., 6; A. PREDIERI, *Shari'a* cit., 69; A.E. MAYER, *Islam* cit. pp. 1019.

La teorizzazione dello Stato realizzata da Khomeini parte dall'assunto che l'Islam deve includere un sistema di governo. La separazione della religione dal governo è considerata infatti estranea all'Islam: il profeta aveva elaborato un sistema di governo islamico e aveva indicato il modo per garantirne la continuità. Khomeini sottolinea come il diritto non sia stato rivelato solo per essere studiato e analizzato, ma per essere innanzitutto applicato. È, pertanto, una necessità logica che debba esserci uno Stato per mettere in pratica il diritto⁶⁶. Si elabora così, come già evidenziato, il concetto di guida che, in mancanza dell'imam scomparso indichi la strada da seguire. Si nota come l'idea del governo ruota intorno alla figura della guida e sulle qualità e conoscenze che questi deve avere, piuttosto che sull'entità istituzionale che costituisce la moderna nozione di Stato⁶⁷. Lo Stato, peraltro, può essere solo "islamico" e quindi uno Stato di diritto divino, poiché per l'Islam la sfera religiosa e quella civile non sono separate⁶⁸.

Il problema più rilevante che si è presentato nella redazione del testo costituzionale è stato proprio quello di dovere scrivere una legge "fondamentale" accanto a quella islamica, capace di prevedere obblighi e sanzioni nei confronti delle istituzioni e del popolo. Per superare tali impedimenti si è dovuto precisare che la legge costituzionale avrebbe determinato un'innovazione dell'ordinamento solo se avesse previsto precetti contrari all'Islam. La conformità alla *Sbari'a* è quindi condizione necessaria per la legittimità dello stesso testo costituzionale. La Costituzione si doveva pertanto redigere secondo i principi religiosi e anche le regole repressive sarebbero dovute essere conformi ai precetti islamici. La Costituzione è obbligatoria proprio perché ciò che dispone trova fondamento nella legge islamica⁶⁹. Si riprende la concezione musulmana secondo la quale lo Stato non crea la legge, ma è esso stesso creato dalla legge, tanto che si è parlato dell'Islam come di una religione della legge, che proviene da Dio ed è interpretata e amministrata da chi ha competenze al riguardo⁷⁰.

⁶⁶ Cfr. S.A. ARJOMAND, *Authority* cit., pp. 302 ss. L'Autore sottolinea come l'incorporazione dell'Islam nello Stato teocratico iraniano abbia profondamente modificato il sistema legale sciita.

⁶⁷ Cfr. S. ZUBAIDA, *Law* cit., pp. 194 ss.

⁶⁸ Cfr. A. FARAZMAND, *Religion* cit., pp. 227 ss.

⁶⁹ Cfr. A. HADI HAIRI, *Shi'ism and Constitutionalism in Iran*, Brill, Leiden, 1977, pp. 199 ss.

⁷⁰ Cfr. B. LEWIS, *Il linguaggio politico dell'Islam*, Laterza, Roma-Bari, 1991, 37 richiamato in A. PREDIERI, *Sbari'a* cit., 84.

6. *La sovranità popolare, la sovranità divina e l'esercizio della funzione legislativa*

L'art. 71 della Costituzione attribuisce l'esercizio della funzione legislativa al Parlamento⁷¹ (*Islamic Consultative Assembly*) entro i limiti di competenza indicati dalla Costituzione stessa. Il successivo articolo 72 dispone che il Parlamento non può legiferare in contrasto con i principi e le norme della Costituzione o della religione ufficiale dello Stato⁷².

La previsione di un organo elettivo capace di creare norme giuridiche e il riconoscimento dell'esercizio della sovranità popolare, che si esplica nell'elezione del Presidente della Repubblica, dei rappresentanti del Parlamento e nella previsione dell'istituto del referendum

⁷¹ Il *Majlis – e Shora – ye Eslami* è il Parlamento iraniano. È un organo monocamerale, composto da 290 membri eletti a suffragio universale e diretto dal corpo elettorale per quattro anni, artt. 62 e 64 Cost. ir. Il sistema elettorale prevede un metodo maggioritario uninominale a turno unico. Il territorio risulta suddiviso in tanti collegi quanti sono i seggi da assegnare, con un correttivo per il rispetto del principio di rappresentanza delle minoranze religiose. La Costituzione prevede che il numero dei deputati possa essere aumentato tenuto conto dell'incremento della popolazione o del mutare di fattori geografici e politici. Nel 1999 il numero dei seggi è stato elevato da 270 a 290. La Costituzione dispone a garanzia della rappresentatività delle minoranze religiose, l'istituzione di quattro collegi riservati rispettivamente agli elettori di religione zoroastriana, ebraica, cristiana assira e caldea e cristiana armena, che provvedono ad eleggere ciascuno un deputato delle religioni indicate (art. 64 cost.). Nel 1999 con l'aumento dei seggi si è previsto un seggio in più a favore della minoranza ebraica. Cfr. P.L. PETRILLO, *Iran* cit., 69. Sul processo legislativo nell'ordinamento iraniano si consenta il rinvio a L. DE GRAZIA, *Iran*, in R. DICKMANN, A. RINELLA (a cura di), *Il processo* cit., pp. 437 ss.

⁷² Oltre la funzione legislativa il Parlamento esercita il potere di conferire la fiducia al Consiglio ministeriale nominato dal Presidente della Repubblica, (art. 87 Cost. ir.). In seguito alla revisione costituzionale del 1989, con cui si è provveduto ad eliminare la figura del Presidente del Consiglio, attribuendo le funzioni di Capo del Governo al Presidente della Repubblica, la fiducia viene conferita ai singoli ministri, essendo il Presidente eletto direttamente dal popolo. Il Parlamento esercita anche funzioni ispettive e di controllo (art. 76 Cost. ir.), tramite l'attività di commissioni di inchiesta, interrogazioni e interpellanze (artt. 88-90 Cost. ir.). Può inoltre verificare fatti riguardanti ogni affare del paese, con l'esclusione di quelli che coinvolgono la Guida suprema. La Costituzione prevede inoltre che il Parlamento approvi le richieste referendarie (art. 59 Cost. ir.), i trattati internazionali (art. 77 Cost. ir.), la dichiarazione dello stato di emergenza effettuata dal governo (art. 79 Cost. ir.). Al Parlamento sono riconosciuti anche compiti elettorali, quale l'elezione dei sei membri laici che compongono il Consiglio dei Guardiani (art. 91 Cost. ir.).

(artt. 6⁷³ e 56⁷⁴ Cost.) sembra contrastare con l'affermazione della supremazia della sovranità divina riconosciuta negli artt. 2 e 56 Cost⁷⁵.

Secondo infatti la concezione musulmana con il termine "legislatore" si designa solamente Dio⁷⁶. Questo principio ha come corollario il fatto che, secondo parte della dottrina musulmana, il concetto di sovranità popolare non esiste: compito dello Stato è pertanto quello di applicare il diritto che Dio ha rivelato, senza possibilità di innovarlo o abrogarlo⁷⁷.

Anche quando si ammette la previsione della sovranità popolare si determinano sempre i limiti entro cui può essere esercitata: se infatti la questione da regolare è presente nel Corano o nella Tradizione non rimane alcuno spazio per l'esercizio della volontà popolare; se invece il testo sacro si presta a più interpretazioni la sovranità popolare può esprimersi nella scelta tra una di queste; nel caso, infine, in cui la questione non sia contemplata nel Corano e nella Tradizione può esserci espressione della sovranità popolare purchè sia sempre rispettato lo

⁷³ Article 6 Cost. ir. (*Administration of Affairs*): «*In the Islamic Republic of Iran, the affairs of the country must be administered on the basis of public opinion expressed by the means of elections, including the election of the President, the representatives of the Islamic Consultative Assembly, and the members of councils, or by means of referendum in matters specified in other articles of this Constitution*».

⁷⁴ Article 56 Cost. ir. (*Divine Right of Sovereignty*): «*Absolute sovereignty over the world and man belongs to God, and it is He Who has made man master of his own social destiny. No one can deprive man of this divine right, nor subordinate it to the vested interests of a particular individual or group. The people are to exercise this divine right in the manner specified in the following articles*».

⁷⁵ Già nel preambolo del testo costituzionale si afferma l'importanza della partecipazione di tutti i membri della società ai diversi livelli del processo politico decisionale. Sul tentativo, poi, di conciliare il concetto di sovranità divina con quello di sovranità popolare cfr. P.L. PETRILLO, *Iran cit.*, pp. 90 ss.

⁷⁶ Questo principio trova fondamento esplicito nel Corano, cfr. A. SAMI ALDEEB ABU-SAHLEH, *Il diritto cit.*, 33.

⁷⁷ Cfr. A. SAMI ALDEEB ABU-SAHLEH, *Il diritto cit.*, pp. 37 ss. L'Autore sottolinea che si applica il criterio della gerarchia delle norme: una norma può essere abrogata solo da una norma di valore uguale o superiore; la legge rivelata può essere abrogata solo da una successiva legge rivelata. Sulla supremazia della *Shari'a* e sul fatto che accettando questo principio viene meno ogni forma di contrasto tra religione e leggi secolari poiché non esistono leggi approvate dall'uomo che possano essere contrastanti con il diritto divino cfr. anche A.E. MAYER, *Islam cit.*, pp. 1023 ss. L'Autrice evidenzia peraltro il diverso modo in cui, nel tempo, si sono evoluti i rapporti tra le leggi secolari e la *Shari'a*.

spirito della *Shari'a* e non ci sia contrasto con le altre norme islamiche in vigore⁷⁸.

Va evidenziato, come sostiene autorevole dottrina, che «la definizione del diritto come emanazione del potere sovrano è pensata in funzione dello Stato laico e centralizzato di tipo europeo. Essa perde ogni significato se la si riferisce al diritto islamico: poiché il potere sovrano spetta a Dio, viene meno la distinzione tra norme morali e giuridiche perseguita nella dottrina europea e respinta da quella islamica»⁷⁹.

Per giustificare le leggi approvate dal Parlamento e per permettere di introdurre nuove norme all'interno dell'ordinamento, senza per questo violare il principio della completezza della rivelazione divina, Khomeini ha teorizzato la differenza tra leggi divine, assolute, eterne e immutabili e leggi temporali che si occupano dell'amministrazione e del governo, che possono invece essere modificate nel tempo. Il ruolo di una assemblea legislativa islamica è di approvare leggi che siano in accordo con il diritto divino della *Shari'a*. Questo compito legislativo è considerato come un dovere necessario per amministrare gli affari della società. L'approvazione di leggi islamiche contribuirebbe alla realizzazione di uno Stato virtuoso, che necessariamente deve essere amministrato da un governo islamico⁸⁰.

L'espediente utilizzato per giustificare la produzione legislativa è stato quello dell'*ijtihad*⁸¹, ovvero quello dell'interpretazione da parte di

⁷⁸ Cfr. A. SAMI ALDEEB ABU-SAHLEH, *Il diritto* cit., pp. 38 ss. I giuristi musulmani si sono posti la questione se l'uomo possa stabilire una legge e quindi decidere ciò che è bene o male o se invece non occorra sempre l'intervento divino. Sulle diverse correnti di pensiero cfr. pp. 40 ss.

⁷⁹ Cfr. M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Einaudi, Torino, 1978, 290 richiamato in A. PREDIERI, *Shari'a* cit, 18.

⁸⁰ Il termine governo ha un significato duale. Da una parte si riferisce all'istituzione governativa, dall'altra fa riferimento alla sovranità che deriva da Dio. C'è solo un governo legittimo ed è quello divino, che si realizza nella figura del *velayat*, il guardiano che svolge la funzione di supervisionare le azioni dello Stato e di garantire l'applicazione della *Shari'a*. Vd. A. FARAZMAND, *Religion* cit., 246.

⁸¹ Etimologicamente *ijtihad* significa "produzione di uno sforzo". Giuridicamente si intende lo sforzo di cogliere il significato intimo della *Shari'a* per dedurne una norma applicabile al caso concreto da risolvere. Poiché per il diritto musulmano l'uomo non crea la legge, il ragionamento che sottende l'*ijtihad* non deve creare nuove norme, ma dedurne dal Corano e dalla Sunna. Cfr. A. SAMI ALDEEB ABU-SAHLEH, *Il diritto* cit., pp. 219 ss. Vd. anche B. WEISS, *Interpretation in Islamic Law: the Theory of Ijtihad*, in *26 Am. J. Comp. L.*, 1977-78, pp. 199 ss.

un *leader* religioso che permette in caso di lacune di individuare, sulla base dei principi religiosi, la norma opportuna da applicare⁸². Per attuare le leggi divine è, pertanto, necessaria l'organizzazione di uno Stato islamico che consenta l'effettiva realizzazione di una società islamica.

Di fatto, il controllo del Consiglio dei Guardiani, che era stato previsto e voluto da Khomeini per garantire la supremazia della *Shari'a*, viene indebolito proprio dallo stesso *Ayatollah* quando, nel 1988, definisce il principio secondo cui il governo iraniano non è vincolato dalle norme del diritto islamico, poiché godendo del potere assoluto che era stato proprio del Profeta Maometto, gli è permesso di prendere tutte le misure necessarie nell'interesse dell'Islam e del Paese. Da ciò consegue come le scelte prese dal governo iraniano siano per definizione "islamiche". In questo modo si realizza una politicizzazione di ciò che viene definito come "Islam", che è più il diretto risultato di scelte politiche che il rispetto delle fonti religiose⁸³. La conseguenza è che gli stessi "*Islamic criteria*" a cui tutti gli atti normativi devono conformarsi, sono subordinati a scelte politiche e che le misure prese dal governo sono per definizione islamiche. Pertanto, piuttosto che esserci un sistema in cui i principi islamici sono il parametro di conformità della legislazione, alla legge emanata dal Parlamento sembra essere attribuito lo *status* di legge suprema.

Questa situazione viene accentuata in seguito alla morte di Khomeini. Con il venir meno della sua figura carismatica lo schema di governo del *faqih* viene messo in dubbio: la successiva Guida Ali Khamenei non ha né il carisma né la carica di *ayatollah* per svolgere con incisività il ruolo a cui è preposto e la riforma costituzionale in chiave presidenziale agevola un maggiore riconoscimento alla figura del Presidente della Repubblica. A ciò si aggiunge che il presidente Rafsanjani

⁸² Cfr. N. SHEVLIN, *Velayat-e Faqih* cit., 7. In *Velayat-e Faqih* Khomeini aveva affermato, seguendo il pensiero del profeta, che il popolo avrebbe dovuto pagare le tasse per aiutare i poveri e non per finanziare lo Stato, confidando, erroneamente, sul volontario pagamento delle tasse necessarie per il funzionamento dello Stato. Il mancato versamento di tali somme provocò ingenti problemi economici all'amministrazione statale e per risolvere il problema, senza derogare alle regole fissate dal profeta, Khomeini si rifece al principio dell' *ijitihad*: si giustificò il potere dello Stato di richiedere tasse asserendo che il pagamento era un obbligo religioso.

⁸³ Per una ricostruzione dell'evoluzione del pensiero di Khomeini in ordine alla possibilità di approvare legittimamente misure anche in conflitto con obblighi religiosi cfr. A.E. MAYER, *Islam* cit., pp. 1039 ss.

non ha dimostrato una propensione verso una stringente conformità alla dottrina islamica negli affari dello Stato. I conflitti tra gli interessi e gli obiettivi della *leadership* politica e i principi della *Shari'a* vedono pertanto il prevalere dei primi, contribuendo a determinare una secolarizzazione dell'autorità politica⁸⁴.

7. Il Consiglio dei Guardiani

Il Consiglio dei Guardiani è una istituzione fondamentale dello Stato islamico iraniano, viene costituito il 17.7.1980 in applicazione agli artt. 4, 72 e 91-99 Cost. con il compito di tutelare la Costituzione e i principi islamici, controllando la conformità delle leggi e dei regolamenti ai precetti islamici⁸⁵.

Il Consiglio è composto da dodici membri, sei nominati dalla Guida Suprema⁸⁶ tra religiosi che posseggano tre diverse qualità⁸⁷: devono essere esperti di legge e giurisprudenza islamica, avere equità e una conoscenza perfetta delle esigenze dell'epoca e «delle convenienze del tempo presente»⁸⁸. La nomina degli altri sei membri, esperti nei diversi rami del diritto, è di competenza del potere giudiziario e del potere legislativo: il Presidente della Suprema Corte di Giustizia, nominato dalla Guida Suprema, propone i nomi dei giuristi al Parlamento che procede all'elezione a maggioranza semplice, scegliendo tra i nominativi

⁸⁴ Cfr. A.E. MAYER, *Islam* cit., 1041.

⁸⁵ Sulle origini del Consiglio dei Guardiani cfr. M. MOZAFFARI, *Pouvoir chi'ite (théorie et évolution)*, Harmattan, Paris, pp. 299 ss. Già nella Costituzione del 1906 si era sancito il divieto per l'Assemblea nazionale di approvare leggi contrarie ai precetti religiosi islamici. L'art. 2 Cost. disciplinava la formazione di un Consiglio composto da cinque rappresentanti degli ulema affinché verificassero la conformità delle leggi approvate dal Parlamento ai precetti religiosi, ma la disposizione rimase del tutto inattuata. Come conseguenza dell'esperienza passata la Costituzione del 1979 ha previsto espressamente che al Parlamento non venisse riconosciuto alcuno *status* legale fino alla formazione del Consiglio dei guardiani (art. 93 Cost. ir.). È evidente come il compito svolto da questo organo sia di primaria importanza per lo sviluppo della teocrazia, tanto che si è evidenziato il passaggio dal governo carismatico di Khomeini ad un sistema conciliare fondato su una élite religiosa. Cfr. S.A. ARJOMAND, *Constitutional Implications of Current Political Debates in Iran*, in A. GHEISSARI (cur.) *Contemporary Iran: Economy, Society, Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 249 ss.

⁸⁶ Art. 110, 6 a) Cost. ir.

⁸⁷ Art. 6 Regolamento interno del Consiglio dei Guardiani della Costituzione.

⁸⁸ Vd. P.L. PETRILLO, *Iran* cit., 75.

indicati. Sembra quindi che l'organo che detiene realmente il potere di scelta dei membri del Consiglio sia la Guida Suprema.

7.a garante della conformità delle leggi ordinarie e della Costituzione ai precetti religiosi

Il Consiglio svolge un duplice controllo preventivo all'entrata in vigore delle leggi. Deve, innanzitutto, verificare la conformità delle leggi approvate dal Parlamento ai precetti islamici a maggioranza dei membri religiosi. In un secondo momento tale verifica viene effettuata utilizzando come parametro la Costituzione, a maggioranza dell'intero Consiglio⁸⁹. Il fondamento di tale controllo si trova nell'art. 4 Cost. Se il Consiglio rileva la non conformità della legge essa è rinviata al Parlamento affinché provveda a riesaminarla⁹⁰. Se il contrasto persiste, dal 1988, interviene il Consiglio per la risoluzione delle controversie.

Nell'ambito del primo giudizio il parametro di riferimento, non determinato dal testo costituzionale che fa riferimento genericamente agli «*islamic criteria*», sono i precetti islamici così come si ricavano da tutte le fonti religiose. Nel secondo giudizio è il testo costituzionale che funge da criterio di valutazione, anche se, in pratica, il controllo è frequentemente una seconda valutazione sulla conformità alle regole islamiche, assicurato attraverso il testo costituzionale⁹¹.

Il potere di veto sulle deliberazioni legislative del Parlamento ha determinato un forte contrasto tra i due organi, tanto che nel 1988 Khomeini ha istituito il Consiglio per la risoluzione delle controversie,

⁸⁹ Vd. P.L. PETRILLO, *Iran* cit., pp. 77 ss. Il Consiglio dei Guardiani emette non decisioni, ma pareri obbligatori e vincolanti. L'Autore sottolinea che secondo parte della dottrina il Consiglio è considerato come una seconda Camera che interviene nel procedimento di formazione delle leggi non solo per verificarne la conformità, ma anche per modificarne il contenuto. Criticamente si osserva che in realtà il Consiglio ricopre un ruolo che normalmente non spetta alle seconde Camere, svolgendo un compito a metà tra il legislatore e il giudice delle leggi. Sul ruolo del Consiglio dei guardiani vd. A. GORDJI, *La nature politique du Conseil constitutionnel français e du Conseil gardien iranien*, in *Rev. ir.dr.const.*, 2005, 3, pp. 7 ss.

⁹⁰ Ai sensi degli artt. 94 e 95 Cost. ir. tutte le leggi approvate dal Parlamento devono automaticamente essere inviate al Consiglio che entro dieci giorni deve pronunciarsi, salvo giustificati motivi.

⁹¹ Cfr. M.R. VIJEH, *Contribution à l'atelier «Le constitutionnalisme: un produit d'exportation?»* diretto da P. Bon E J.F. Flauss - 6° congresso di diritto costituzionale, *Le Conseil de gardien de la Constitution iranien et l'Etat de droit*, 9,10 e 11 giugno 2005, Montpellier, in www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/texstes7/VIJEH.pdf.

affidandogli il compito di dirimere i conflitti tra Parlamento e Consiglio dei guardiani. Bisogna però considerare che il Consiglio per la risoluzione delle controversie è composto da membri scelti discrezionalmente dalla Guida suprema, il cui numero non è precisato nella Costituzione, per un mandato di sei anni rinnovabile e per prassi ne fanno parte i giudici religiosi del Consiglio dei guardiani⁹². Essi pertanto giudicano una deliberazione legislativa sia in veste di controllori della conformità del testo ai precetti islamici (in quanto membri del Consiglio dei Guardiani) sia come risolutori delle controversie tra Parlamento e il Consiglio dei Guardiani, in quanto membri del Consiglio delle risoluzioni delle controversie. Questo organo è stato costituzionalizzato in seguito alla riforma costituzionale del 1989⁹³. Il suo intervento determina la conseguenza che, in nome dell'interesse superiore del regime, viene vanificato sia il controllo di conformità ai precetti islamici sia il controllo di costituzionalità svolto dal Consiglio dei Guardiani.

Il Consiglio dei Guardiani controlla anche l'approvazione del Parlamento sulle richieste referendarie. In base all'art. 59 Cost⁹⁴ per le questioni economiche, politiche, sociali e culturali particolarmente importanti può infatti essere richiesto un referendum. Tale richiesta deve essere approvata dal Parlamento con la maggioranza qualificata dei 2/3. Secondo l'interpretazione dell'art. 96 Cost. al Consiglio dei guardiani è attribuito il potere di controllare tutte le decisioni del Parlamento, comprese quelle riguardanti le richieste referendarie.

È stato evidenziato come il Consiglio dei guardiani svolga una funzione di indebolimento del sistema delle fonti, sovvertendo le regole del principio della gerarchia delle norme. Infatti, frequentemente, nel controllo di conformità che è tenuto a realizzare, ha considerato come criterio di valutazione non solo i precetti religiosi islamici, ma anche le decisioni del Consiglio superiore della rivoluzione culturale e la politica generale determinata dalla Guida suprema⁹⁵. Si riconosce, pertanto,

⁹² Artt. 110-111 Cost. ir.

⁹³ Art. 112 Cost. ir.

⁹⁴ Art. 59 Cost. ir., *Mandatory Referendum*: «In extremely important economic, political, social, and cultural matters, the functions of the legislature may be exercised through direct recourse to popular vote through a referendum. Any request for such direct recourse to public opinion must be approved by two-thirds of the members of the Islamic Consultative Assembly».

⁹⁵ Cfr. M.R. VIJEH, *Le Conseil* cit., pp. 18 ss.

a tali norme una funzione sopra-costituzionale capace di influenzare decisamente le fonti subordinate tenute ad essere conformi ad esse.

Il Consiglio superiore della rivoluzione culturale è stato istituito nel 1984 da Khomeini e svolge un ruolo importante nella determinazione della politica culturale e educativa. Pur essendo un organo del potere esecutivo ha il potere di emanare norme in materia educativa. Il Consiglio dei guardiani ha verificato la conformità delle leggi nei confronti delle decisioni assunte dal Consiglio superiore della rivoluzione culturale. In questo modo sembra venga attribuito alle decisioni del Consiglio un valore ben diverso da quello di fonte normativa secondaria, come dovrebbe esserle riconosciuto, essendo, di fatto, considerate come parametro dal Consiglio dei guardiani. La Guida suprema, inoltre, ha affermato che le decisioni del Consiglio superiore della rivoluzione culturale devono essere seguite da tutti i poteri, anche dal potere legislativo. In tal modo il sistema delle fonti risulta integrato da decisioni di organi non costituzionali, che sembrano derivare la propria legittimità direttamente dalla Guida suprema⁹⁶.

A sostegno del fatto che le norme emanate da alcuni organi sono fonti gerarchicamente superiori alle leggi del Parlamento si richiama anche l'editto emanato dal Consiglio dei Guardiani con cui si è disposto che nessuna legge debba essere in contrasto con quanto affermato negli scritti di Khomeini⁹⁷.

Per quanto riguarda la determinazione della politica generale della Repubblica, il fondamento normativo di tale attribuzione nei confronti della Guida suprema si trova nell'art. 110 Cost.⁹⁸. Sulla base di tale disposizione, pertanto, l'indirizzo politico non viene deciso né dal potere legislativo né dall'esecutivo, ma dalla Guida suprema. Il Consiglio dei Guardiani si è attribuito la competenza di verificare la conformità delle leggi alla politica generale determinata dalla Guida: ha infatti considerato una disposizione normativa contenuta in una legge ordinaria

⁹⁶ Lettera n. m/1-74442 del 4.12.2000 dell'Ufficio della Guida suprema in M.R. VIJEH, *Le Conseil* cit., 19.

⁹⁷ Cfr. S. MCGLINN, *Family* cit., 13. In particolare i libri di Khomeini costituiscono il recente *fiqh*. Con tale termine ci riferisce al prodotto dell'interpretazione del Corano e della Sunna da parte di esperti. Si evidenzia come in realtà il richiamo agli scritti di Khomeini sia stato più decisivo tra il 1985 e il 1989.

⁹⁸ Art. 110 Cost. ir. «*Leadership Duties and Powers: (1) Following are the duties and powers of the Leadership: 1. Delineation of the general policies of the Islamic Republic of Iran after consultation with the Nation's Exigency Council. 2. Supervision over the proper execution of the general policies of the system. (...)*».

contraria alla Costituzione e alla *Shari'a* in quanto contrastante con la politica generale determinata dalla Guida, in base all'art. 110 Cost.⁹⁹.

7.b interprete della Costituzione

La Costituzione iraniana affida al legislatore ordinario l'interpretazione della legge¹⁰⁰ e al Consiglio dei Guardiani l'attività interpretativa della Costituzione¹⁰¹.

Si tratta di una attribuzione particolarmente delicata poiché secondo come viene esercitata, se in modo creativo o estensivo del significato delle norme, può di fatto integrare e modificare il testo costituzionale molto più semplicemente rispetto all'applicazione delle norme previste per la revisione costituzionale. In tal caso si avrebbe, di fatto, l'esercizio di un potere normativo, innovatore della Costituzione, esercitato da un organo costituito quale il Consiglio dei Guardiani.

A titolo esemplificativo si riporta l'interpretazione dell'art. 99 Cost.. Tale disposizione prevede che «*the Guardian Council has the responsibility of supervising the elections of the Assembly of Experts for Leadership, the President of the Republic, the Islamic Consultative Assembly and the direct recourse to popular opinion and referenda*». Nulla si dispone in merito al tipo di controllo che il Consiglio deve svolgere.

Il Consiglio dei guardiani in sede interpretativa ha precisato che il controllo attribuitogli va inteso nel senso più ampio possibile, permettendogli di intervenire in tutte le fasi delle elezioni, compreso quelle relative al controllo sull'eleggibilità dei candidati¹⁰². È evidente come l'attività interpretativa del Consiglio possa, oltre che giustificare l'attribuzione di sempre maggiori poteri, integrare l'ordinamento introducendo tramite l'attività interpretativa nuove norme.

La Costituzione non precisa il valore giuridico delle interpretazioni svolte dal Consiglio dei guardiani, ma la dottrina iraniana concorda

⁹⁹ Decisione n. 80/21/2715 del 30.11.2001, in *Recueil des avis du Conseil gardien de la Constitution*, v.5, Teheran, *Centre des Recherches du Conseil gardien de la Constitution*, 2003, 292, richiamato in M.R. VIJEH, *Le Conseil* cit., 20.

¹⁰⁰ Art. 73 Cost.ir.

¹⁰¹ Art. 98 Cost. ir.

¹⁰² Decisione n. 1234 -1370/03/01 del 22.5.1991 in A.Gorji, *Le pouvoir interprétatif du juge constitutionnel iranien*, in www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/GORJI.pdf. L'Autore sottolinea che il Consiglio dei Guardiani si definisce come l'unico organo competente ad interpretare la Costituzione, escludendo l'attività interpretativa di qualsiasi altro.

nell'attribuirle un valore costituzionale¹⁰³. Il Consiglio dei guardiani ha infatti sin da subito considerato obbligatorie le proprie interpretazioni, sulla base del silenzio della disposizione costituzionale¹⁰⁴. In tal modo l'ordine costituzionale iraniano, grazie alla politica interpretativa del Consiglio, è in continua evoluzione.

Attraverso l'attività interpretativa pertanto il Consiglio dei guardiani partecipa attivamente all'evoluzione del sistema delle fonti, ampliando notevolmente il campo di applicazione delle fonti religiose e svolgendo la funzione di garante della conformità delle leggi alla legge religiosa, ruolo che nel modello di Stato costituzionale è affidato ad un tribunale costituzionale.

8. Riflessioni conclusive

L'ordinamento iraniano viene definito come una teocrazia costituzionale¹⁰⁵. Differentemente dalla teocrazia cd. "pura" il potere nelle teocrazie costituzionali è affidato anche a figure secolari che operano all'interno dei confini stabiliti in un testo costituzionale, in cui si prevede l'istituzione di un tribunale costituzionale che operi un *judicial review* e un sistema di pesi e contrappesi che limitino i poteri dello Stato.

In modo simile agli ordinamenti che riconoscono una religione di Stato, nelle teocrazie costituzionali viene riconosciuto una maggior peso ad una determinata religione che diventa però – e questa è una delle principali differenze con gli ordinamenti che prevedono una religione di Stato – la fonte principale che pervade sia tutte le fonti normative sia la loro interpretazione. La religione diventa pertanto il fondamento dello Stato di teocrazia costituzionale, la primaria guida della politica nazionale e la base e al tempo stesso il limite del riconoscimen-

¹⁰³ Cfr. A.GORJI, *Le pouvoir* cit., 29.

¹⁰⁴ Nonostante tale considerazione parte della dottrina rileva come dell'art. 98 Cost. ir. si sarebbero potute dare altre interpretazioni, poiché il silenzio non esprime sempre una volontà positiva; cfr. A.GORJI, *Le pouvoir* cit., 29.

¹⁰⁵ Cfr. R. HIRSCHL, *The Rise* cit., 72; ID., *The Theocratic Challenge to Constitution Drafting in Post-Conflict States*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 2008, pp. 1188 ss.; L. CATA'BACKER, *Theocratic Constitutionalism: an Introduction to a New Global Legal Order*, in *16 Ind. J. Global Legal Stud.*, 2009, p. 137 ss.; ID., *God(s)* cit., pp. 39 ss.; M.C. MODAK TRURAN, *Beyond Theocracy and Secularism (Part I): Toward a New Paradigm for Law and Religion*, in *27 Miss. C.L. Rev.*, 2007-2008, pp. 163 ss.

to dei diritti e dei doveri dei cittadini. Nelle teocrazie costituzionali, quindi, c'è molto di più di uno specifico riconoscimento o di una tutela per una determinata religione: le leggi devono infatti essere conformi ai principi e ai precetti della religione; nessuna fonte normativa può essere in contrasto con essi. Per il raggiungimento di tale scopo le corti religiose e quelle civili operano in stretta connessione: le opinioni dell'autorità religiosa e la giurisprudenza delle corti religiose hanno un peso particolare e giocano un ruolo rilevante nella vita pubblica e istituzionale dell'ordinamento.

Si possono individuare delle caratteristiche che delineano il modello di teocrazia costituzionale: la previsione in una Costituzione rigida di alcuni dei principi che caratterizzano il costituzionalismo moderno, inclusa la separazione, almeno formale, tra le autorità religiose e quelle politiche e la previsione di un *judicial review*; il riconoscimento di una religione di Stato; la previsione costituzionale che la religione e i suoi precetti sono la fonte principale della legislazione e dell'interpretazione giudiziale delle leggi; infine, l'esistenza di un raccordo tra le istituzioni e i tribunali religiosi e quelli civili¹⁰⁶.

L'ordinamento iraniano, sulla base di quanto abbiamo già esaminato, presenta delle caratteristiche che lo inseriscono all'interno del modello che abbiamo appena delineato.

La Costituzione riconosce una religione di Stato, superiore alla stessa Costituzione sin dal preambolo e, come asserito nella pagine precedenti, sancisce come principio fondamentale la sovranità divina. Gli artt. 6 e 7 Cost. prevedono però che l'amministrazione dello Stato spetti al popolo tramite l'esercizio della sovranità popolare nelle elezioni parlamentari e municipali e in quelle presidenziali (art.114 Cost.). Esiste un organo – il Consiglio dei Guardiani – che opera come una Corte costituzionale composta sia da membri laici sia religiosi; si prevede un Presidente della Repubblica che, dopo la Guida Suprema – massima autorità religiosa – è la più alta carica dello Stato. La Guida religiosa nomina e revoca i membri religiosi del Consiglio dei Guardiani ma non quelli laici, (art. 91 Cost.). La risoluzione dei contrasti tra il Parlamento e il Consiglio dei Guardiani nell'esercizio della funzione legislativa è affidato ad uno specifico organo, il Consiglio per la risoluzione delle controversie. La Costituzione prevede significativi elementi di separazione tra i poteri negli artt. 56-63, elementi del moderno costituzionalismo (artt. 19-55 Cost.), il riconoscimento dei diritti umani

¹⁰⁶ Cfr. R. HIRSCHL, *The Rise* cit., 74; ID., *The Theocratic* cit., 1190.

(artt. 19-42 Cost.), dei limiti ai poteri dello Stato, (Cap. III, artt. 19-31 Cost.).

Ci sono pertanto diversi elementi che potrebbero contemperare i principi di un governo teocratico con quelli garantistici del costituzionalismo moderno, per la realizzazione di un sistema di pesi e contrappesi tale da limitare l'esercizio del potere e la garanzia dei diritti. L'esperienza storica evidenzia come la Repubblica islamica iraniana, all'interno della stessa cornice ordinamentale, si sia evoluta in chiave democratica per poi giungere all'instaurazione di un diverso regime¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Sul ruolo svolto dal Presidente Hashemi Rafsanjani (1989-1997) e sul fatto che durante la sua presidenza non si sia prestata una particolare attenzione alla piena aderenza delle sue scelte politiche ai precetti della dottrina islamica cfr. A.E. MAYER, *Islam* cit., pp. 1041 ss. Sul ruolo del Presidente Khatami (1997-2005) e del Presidente Ahmadinejad (2005-) cfr. P.L. PETRILLO, *Iran* cit., pp. 135 ss.; R. REDAELLI, *Constitutional* cit., pp. 484 ss.

CAPITOLO QUARTO

IL DIRITTO CANONICO NEL SISTEMA DELLE FONTI DELL'ORDINAMENTO DELLA CITTÀ DEL VATICANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sistema delle fonti dell'ordinamento vaticano. – 3. La legge sulle fonti n. LXXI del 1.10.2008. – 4. Le fonti suppletive. – 5. Il diritto divino. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Come è noto lo Stato della Città del Vaticano è stato costituito in seguito alla stipulazione del Trattato lateranense tra lo Stato italiano e la Santa Sede, organo supremo di governo della Chiesa cattolica, l'11 febbraio del 1929¹. Lo Stato nasceva con il preciso scopo di “assicurare alla Santa Sede l'assoluta e visibile indipendenza e garantirle una sovranità indiscutibile pur nel campo internazionale”².

Sulla base di tali premesse parte della dottrina ha evidenziato come lo Stato della Città del Vaticano non sia fine a se stesso, ma strumentale alle esigenze della Santa Sede³. La giustificazione e il fondamento ultimo di tale Stato si troverebbe pertanto nell'esistenza della Chiesa

¹ Sulle origini dello Stato della Città del Vaticano cfr. G. DALLA TORRE, *L'ordinamento costituzionale vaticano nel suo sviluppo storico*, in Appendice di F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Ristampa anastatica dell'edizione del 1932, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, pp. 483 ss. Sulle cause storiche che hanno dato origine allo Stato della Città del Vaticano vd. A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino, 1971; F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, il Mulino, Bologna, 1974; A. PIOLA, *La questione romana nella storia e nel diritto. Da Cavour al Trattato del Laterano*, Giuffrè, Milano, 1969.

² Cfr. Trattato lateranense, preambolo, comma 2. Vd. anche l'art. 26 Trattato lateranense in cui si afferma che la Santa Sede ritiene che con gli accordi sottoscritti con cui si costituisce la Città del Vaticano “le viene assicurato adeguatamente quanto le occorre per provvedere con la dovuta libertà ed indipendenza al governo pastorale della diocesi di Roma e della Chiesa cattolica in Italia e nel mondo”.

³ Cfr. P.A. D'AVACK, *Vaticano e Santa Sede*, il Mulino, Bologna, 1994, pp. 149 ss. *Contra* F. CAMMEO, *Ordinamento* cit., pp. 61 ss. L'Autore rileva come lo scopo dello Stato della Città del Vaticano sia quello di qualsiasi Stato: “la conservazione dell'ordine e la promozione del benessere e della civiltà”; si sottolinea pertanto la differenza tra lo scopo di uno Stato ed il motivo politico che ne ha determinato il sorgere.

cattolica, con la finalità di essere a servizio della Santa Sede in funzione della sua sovranità spirituale. Secondo un diverso orientamento si è, invece, sottolineato come tale Stato si ponga come ordinamento originario, evidenziando soprattutto la posizione di parità e di indipendenza dagli altri Stati e l'assoluta potestà di imperio all'interno del suo territorio⁴.

Lo Stato della Città del Vaticano ha indubbiamente delle caratteristiche peculiari che hanno portato gli studiosi a definirlo come Stato atipico⁵ o addirittura a negarne la natura statale data l'esiguità e l'indisponibilità del territorio⁶, la funzionalità della cittadinanza⁷ e il particolare legame con la Santa Sede⁸. Nonostante quanto indicato la maggioranza della dottrina concorda nel definire la Città del Vaticano come una entità statale. A conferma di ciò si richiamano anche le recenti leggi emanate dallo Stato volte ad adeguare l'ordinamento vaticano alle mutate condizioni derivanti dall'evoluzione del tempo, che nel ridefinire l'organizzazione statale e il sistema legislativo, ribadiscono l'esercizio della sovranità dello Stato e ne rafforzano l'identità statale⁹.

⁴ Cfr. G. DALLA TORRE, voce *Vaticano (Stato della città del)*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, XXXII, 1994, pp. 2 ss.

⁵ Si fa riferimento alla definizione fornita nel documento di Giovanni Paolo II "Una comunità particolare detta *Curia romana*" riportata in G. BARBERINO, *Chiesa e Santa Sede nell'ordinamento internazionale*, Giappichelli, Torino, 108, nt. 2.

⁶ Cfr. F. CAMMEO, *Ordinamento cit.*, 37. Lo Stato della Città del Vaticano non può cedere parti del proprio territorio, né ospitare forze militari per il suo carattere di neutralità e di inviolabilità. Cfr. C. CARDIA, *La nuova legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano. Il rapporto tra potestà legislativa e potestà esecutiva*, in *Ius Ecclesiae*, 2001, 13, pp. 315 ss..

⁷ Non si può essere cittadini dello Stato della Città del Vaticano se non si è cattolici. Il criterio fondamentale per l'acquisto della cittadinanza è lo *ius muneris*, cfr. P.A. D'AVACK, *Vaticano cit.*, 192 e F. CAMMEO, *Ordinamento cit.*, 55.

⁸ Cfr. P.A. D'AVACK, *Vaticano cit.*, pp. 196 ss. Nell'ordinamento dello Stato la sovranità appartiene alla Santa Sede, intesa nel senso più ristretto di persona del Pontefice, titolare della suprema autorità di governo della Chiesa. Vd. Anche G. DALLA TORRE, *La città cit.*, pp. 249 ss..

⁹ Cfr. F. CLEMENTI, *Città del Vaticano*, il Mulino, Bologna, 2009, 91; C. MIGLIORE, *I motivi della revisione della legge fondamentale*, in *Ius Ecclesiae*, 2001, 13, pp. 293 ss.. Cfr. G. DALLA TORRE, *Vaticano cit.*, pp. 2 ss. L'Autore evidenzia che, giudicando con gli occhi della storia, tenuto conto della crisi dello Stato moderno e dell'affermarsi a livello internazionale di nuovi soggetti distinti dallo Stato, si potrebbe ritenere che, oggi, si sarebbe potuta trovare anche una soluzione diversa da quella territoriale per garantire l'indipendenza della Santa Sede dalle autorità secolari.

Il riconoscimento della natura statale della Città del Vaticano non elimina però le problematiche inerenti alla definizione della sua forma di Stato. Nel delineare i rapporti, infatti, tra l'autorità e il popolo non si può non osservare l'assenza di profili politici, strettamente connessa con l'originalità del metodo di acquisizione e di perdita della cittadinanza, che evidenziano un rapporto tra Stato e cittadino caratterizzato dalla volontarietà dell'acquisto e dalla funzionalità verso lo Stato: la cittadinanza sembra posta a servizio della finalità dello Stato, a sua volta subordinato alle esigenze di garanzia della Santa Sede. Infatti, mentre comunemente i metodi di acquisizione della cittadinanza si basano sullo *ius sanguinis* o sullo *ius soli*, nello Stato della Città del Vaticano essa è collegata allo *ius muneris*, evidenziando il necessario legame esistente tra la cittadinanza e il servizio svolto presso lo Stato¹⁰.

Il 22.2.2011, nell'ambito della riforma dell'ordinamento giuridico della Città del Vaticano avviata con la legge fondamentale 26.11.2000, è stata emanata una nuova legge¹¹ che ha in parte modificato le regole per l'acquisizione della cittadinanza e che ha valorizzato il legame con il territorio grazie all'istituto della residenza. L'acquisizione della cittadinanza è infatti strettamente collegata alla condizione imprescindibile della residenza da parte di coloro che vi sono tenuti per ragioni di lavoro, di servizio o che vi sono autorizzati. L'acquisto della cittadinanza non è automatico¹², ma è subordinato ad un'espressa richiesta che può essere avanzata solo dai soggetti specificamente indicati nel co.1 dell'art. 1 ovvero dai Cardinali residenti nella Città del Vaticano o in Roma, dai diplomatici della Santa Sede, da coloro che risiedono nella Città del Vaticano in quanto vi sono tenuti in ragione della carica o del servizio. La cittadinanza può anche essere attribuita a chi, indi-

¹⁰ Cfr. G. DALLA TORRE, *Vaticano* cit., 3.

¹¹ Benedetto PP. XVI, *Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso*, 22.2.2011, n. CXXXI.

¹² Cfr. F. CAMMEO, *Ordinamento* cit., pp. 56 ss. L'Autore evidenzia come la volontarietà della cittadinanza vaticana attenga sia allo Stato sia al cittadino. Questa considerazione vale ancora oggi, nonostante la nuova legge sulla cittadinanza. La residenza stabile, presupposto per il rilascio della cittadinanza, dipende infatti sempre dall'autorità competente, essendo subordinata ad un'autorizzazione, (art. 6). A sua volta anche il cittadino deve fare richiesta esplicita per acquisirne lo *status*. L'elemento della volontà è inoltre ancora più accentuato dal fatto che la richiesta è subordinata all'assunzione volontaria dell'incarico, presupposto indispensabile per l'acquisto della cittadinanza, art. 1.

pendentemente dalle condizioni suindicate, è autorizzato dal Pontefice a risiedere nel territorio dello Stato.

Anche le cause di perdita della cittadinanza evidenziano la funzionalità della cittadinanza, essendo collegate alla perdita dell'incarico, del servizio o della residenza¹³. La perdita comporta la riassunzione della cittadinanza di origine o, se si è perduta, l'acquisizione della cittadinanza italiana.

Vi è da aggiungere che la legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso valorizza e pone come alternativa alla cittadinanza la qualifica del residente¹⁴. L'autorizzazione che conferisce lo *status* di residente è rilasciata principalmente a coloro che potrebbero avanzare richiesta per ottenere la cittadinanza¹⁵. Tale *status* viene limitato nel tempo, confermando la subordinazione anche di tale qualifica rispetto alla finalità dello Stato della Città del Vaticano, proteso principalmente alle esigenze della Santa Sede.

L'originalità del metodo di acquisto della cittadinanza determina una peculiare definizione del popolo della Città del Vaticano; sembra assente, infatti, l'idea di una comunità politica, di una società per il cui servizio è costituito lo Stato. Il popolo della Città del Vaticano viene definito pertanto più che come comunità politica come comunità che presta servizio alla Santa Sede¹⁶. Nonostante la peculiare individuazio-

¹³ Vd. Art. 3, Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso.

¹⁴ Non è infatti un caso che il titolo della legge non si limiti a richiamare la cittadinanza, ma faccia espresso riferimento anche alla residenza, differentemente dalla precedente legge sulla cittadinanza e il soggiorno del 1929. La nuova legge non prevede, rispetto alla precedente normativa, che la residenza comporti automaticamente l'acquisto della cittadinanza, differenziando maggiormente le due qualifiche.

¹⁵ L'art. 6, Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso dispone che coloro che, pur avendone diritto, non avanzano la richiesta di acquisto della cittadinanza, divengono residenti per il tempo determinato dall'autorità che rilascia l'autorizzazione. La residenza può essere rilasciata anche ad altri soggetti specificamente individuati dalla legge, pur prevedendo la clausola residuale "per gli altri casi ritenuti opportuni". A parte quest'ipotesi, l'autorizzazione a risiedere può essere rilasciata a persone di famiglia di cittadini vaticani o di residenti nella Città del Vaticano e ai collaboratori domestici di cittadini vaticani o di residenti nella Città del Vaticano.

¹⁶ Cfr. C. CARDIA, *La nuova legge* cit., 314. L'Autore in particolare fa riferimento ad una comunità di lavoratori, titolare di diritti civili e diritti connessi al rapporto di lavoro. Cfr. anche P.A. BONNET, *Le fonti normative e la funzione legislativa*, in F. CAMMEO, *Ordinamento* cit., 522. L'Autore richiama il *motu proprio* di Giovanni Paolo II "Ultima ordinatio officii laboris apud sedem Apostolicam foras datur" del 30.9.1994, "La sollecitudine", in A.A.S., 86 (1994) p.841 in cui si definisce la popolazione, comprensiva quindi non solo dei cittadini, come una "comunità che presta servizio alla

ne del popolo, ciò che importa rilevare è che esso esiste e che lo Stato della Città del Vaticano appronta a favore della sua popolazione di lavoratori – comprensiva non solo dei cittadini – una serie di servizi di tipo economico, assistenziale, sanitario, di polizia. A conferma di ciò si fa riferimento, a titolo esemplificativo, al recente Testo unico sulle Provvidenze a favore delle famiglie con cui si è provveduto a raccogliere e revisionare i precedenti provvedimenti su tale tema¹⁷, disciplinando a favore delle famiglie del personale in servizio alle dipendenze della Curia romana, del Governorato dello Stato e degli Organismi ed Enti gestiti amministrativamente in modo diretto dalla Sede Apostolica, l'erogazione di assegni per nascita ed adozione di figli, agevolazioni a tutela della maternità, agevolazioni in favore di dipendenti con familiari disabili, provvidenze per spese scolastiche. Sono state approvate il 18.11.2011 le norme per la tutela della dignità della persona e dei suoi diritti fondamentali, da osservarsi negli accertamenti sanitari in vista dell'assunzione del personale e durante il rapporto di lavoro e le norme a tutela dei dipendenti affetti da particolari gravi patologie o in particolari condizioni psicofisiche¹⁸.

Il particolare rapporto tra lo Stato e il popolo trova conferma, nell'organizzazione costituzionale dello Stato, nella forma di Stato di monarchia assoluta¹⁹, definita a seconda dei diversi orientamenti dot-

Santa sede” i cui membri “devono avere la profonda convinzione che il loro lavoro comporta una responsabilità ecclesiale da vivere in spirito di servizio e di autentica fede e che gli aspetti giuridico – amministrativi del loro rapporto con la Sede Apostolica assumono una conseguente configurazione del tutto peculiare”. Giovanni Paolo II al fine di consolidare una comunità di lavoro ha istituito con *motu proprio* “*Nel primo anniversario*” del 1.1.1989 l'Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica (ULSA). Sull'argomento vd. nt. 71.

¹⁷ Cfr. Testo unico delle Provvidenze a favore delle famiglie, 1.7.2009, con cui si sono revisionati i precedenti provvedimenti *Rescripta ex Audentia SS.mi* del 20.1.1994, 2.6.1999 e 28.7.2004, in A.A.S., 101 (2009), 8, 384.

¹⁸ Cfr. Norme per la tutela della dignità della persona e dei suoi diritti fondamentali da osservarsi negli accertamenti sanitari in vista dell'assunzione del personale e durante il rapporto di lavoro e norme a tutela dei dipendenti affetti da particolari gravi patologie o in particolari condizioni psicofisiche, in A.A.S., 103 (2011), 12, 848.

¹⁹ Il Pontefice è titolare del potere legislativo, esecutivo e giudiziario, art. 1 legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano, 26.11.2000. La nuova legge fondamentale riserva al Pontefice la titolarità dei tre poteri, attribuendone l'esercizio a specifici organi, differentemente dalla precedente legge che prevedeva la delega, più o meno parziale e comunque sempre revocabile, dell'esercizio dei tre poteri. Il sistema di governo dello Stato della Città del Vaticano è formato dalla Commissione cardinalizia e dal suo Presidente competenti ad esercitare, rispettivamente, il potere legislativo

trinali di tipo teocratico o di tipo confessionale. Secondo la prima classificazione si tratterebbe di una particolare espressione di teocrazia ierocratica, in cui l'elemento religioso appare insito nella struttura dello Stato in modo da informare tutta l'attività statale con un predominio del potere religioso su quello civile. Mentre nella teocrazia il fenomeno religioso e quello civile si presentano in un rapporto di stretta interdipendenza, per cui i fini dello Stato sono sia quelli politici che quelli religiosi in cui provvedono sia laici che sacerdoti, nello Stato ierocratico la preminenza della casta sacerdotale determina l'affermarsi di uno Stato in cui tutti gli scopi terreni sono considerati subordinati a quelli spirituali²⁰. Un diverso orientamento tende invece a definirlo come Stato confessionale per via dello stretto legame giuridico che deriva dal rapporto tra lo Stato e la Santa Sede e dalla vigenza integrale del diritto canonico come diritto positivo dello Stato²¹.

2. *Il sistema delle fonti dell'ordinamento vaticano*

Il sistema delle fonti normative dello Stato della Città del Vaticano è un sistema misto, in cui convivono accanto a fonti vaticane proprie emanate dagli organi vaticani, norme di altri ordinamenti giuridici: il diritto canonico, il diritto dello Stato italiano, le norme di diritto internazionale generale e quelle derivanti dagli accordi di cui la Santa Sede è parte.

Non è possibile riscontrare in tale ordinamento un testo costituzionale inteso come unico documento normativo scritto contenente le

e quello esecutivo. Vd. C. CARDIA, *La nuova legge*, pp. 327 ss. Vd. Anche G. CORBELLINI, *La legge fondamentale e la struttura del Governato*, in *Ius Ecclesiae*, 13, 2001, pp. 369 ss. Cfr. G. DALLA TORRE, *Ordinamento cit.*, pp. 507 ss.

²⁰ Cfr. C. CARDIA, *Vaticano e Santa Sede dal Trattato lateranense a Giovanni Paolo II*, in *Introduzione a P.A. D'Avack, Vaticano cit.*, pp. 47 ss.; P.A. D'AVACK, *Vaticano cit.*, pp. 147 ss.; G. DALLA TORRE, *L'ordinamento cit.*, pp. 3ss.

²¹ Vd. F. CAMMEO, *Ordinamento cit.* pp. 80 ss. Altra parte della dottrina ha rilevato che in tutto l'ordinamento costituzionale vaticano non vi è un espresso richiamo alla religione cattolica, cfr. F. CLEMENTI, *Città cit.*, 63. Un diverso orientamento sottolinea come lo stesso concetto di forma di Stato, inteso come rapporto tra governanti e governati, cesserebbe di avere rilevanza se riferito a tale Stato poichè difetterebbe di uno degli elementi necessari per configurare tale rapporto ossia di una stabile collettività che possa vantare dei diritti nei confronti dello Stato. Lo Stato della Città del Vaticano rilevarebbe pertanto solo come Stato-apparato e non anche come Stato-comunità; vd. C. CARDIA, *La nuova legge cit.*, pp. 311 ss.

leggi fondamentali dello Stato. La dottrina sottolinea come lo Stato della Città del Vaticano non possa avere una Costituzione perché priva di soggetti costituenti, ovvero di un popolo che manifesti la volontà di creare una legge fondamentale²².

Subito dopo la costituzione della Città del Vaticano sono state emanate dal Pontefice Pio XI sei leggi²³ che delineavano le linee essenziali del nuovo ordinamento. In particolare la prima di esse, definita come “legge fondamentale”, individuava gli organi a cui erano attribuite le funzioni di governo e disciplinava i rapporti istituzionali²⁴. Questa legge è stata sostituita dalla legge fondamentale emanata il 26.11.2000²⁵ con cui si è dato avvio ad un processo di adeguamento

²² Cfr. C. CARDIA, *La nuova legge cit.*, 317.

²³ Si tratta della legge fondamentale della Città del Vaticano n. I, della legge sulle fonti del diritto n. II, della legge sulla cittadinanza e sul soggiorno n. III, della legge sull'ordinamento amministrativo n. IV, della legge sull'ordinamento economico, commerciale e professionale n. V, della legge sulla pubblica sicurezza n. VI.

²⁴ La legge fondamentale n. I del 1929 (A.A.S. Suppl. 1 (1929), n. 1, 8.6.1929, 1-4) statuiva che il Pontefice aveva la pienezza dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario (art. 1), delineando la forma di Stato del nuovo ordinamento come una monarchia assoluta elettiva. La legge prevedeva che il Pontefice potesse delegare l'esercizio della potestà legislativa per determinate materie o per singoli oggetti, (art. 5). Il potere esecutivo era delegato al Governatore, nominato e revocato dal Pontefice a cui solo era responsabile (art. 7). Il Pontefice nominava anche il Consigliere generale dello Stato, organo monocratico, con funzioni consultive. Il potere giudiziario era delegato ad organi giudiziari che lo esercitavano in nome del Sommo Pontefice, (art. 9) che poteva deferire in qualsiasi momento una causa civile o penale ad una commissione speciale a cui era attribuita la facoltà di decidere in ultima istanza anche secondo equità (art. 17). Al Pontefice inoltre si riservava il potere di concedere grazie, amnistie, indulti e condoni (art. 18). Sulle modifiche introdotte nel corso del tempo alla legge del 1929 cfr. G. DALLA TORRE, *L'ordinamento cit.*, pp. 494 ss.

²⁵ In A.A.S. Suppl., LXXI (2000), 75-83. Anche essa disciplina l'assetto istituzionale dello Stato della Città del Vaticano. A tale legge non è stata assegnato un numero progressivo, circostanza richiamata per evidenziare la particolare natura di tale atto normativo rispetto all'ordinaria produzione normativa. La nuova legge fondamentale ribadisce che il Sommo Pontefice, sovrano dello Stato della Città del Vaticano, ha la pienezza dei poteri legislativo esecutivo e giudiziario, (art. 1). L'art. 3 prevede che l'esercizio del potere legislativo sia esercitato da una Commissione composta dal Cardinale Presidente e da altri Cardinali nominati dal Pontefice, salvo i casi in cui il Pontefice riservi a sé l'esercizio del potere legislativo. Differentemente da quanto disposto dalla legge precedente in cui era stabilito che il potere legislativo fosse attribuito ordinariamente al Pontefice, salvo i casi di delega, con la riforma si è preferito fare riferimento all'istituto della riserva. Tale scelta, rispetto a quello della concessione, evidenzia come la riforma del 2000 abbia cercato di realizzare una separazione nell'esercizio

dell'ordinamento vaticano alle nuove esigenze maturate nel corso degli anni. Come riportato nella stessa legge, i motivi addotti per spiegare la riforma sono derivati dalla necessità di dare forma sistematica ed organica ai mutamenti introdotti nel tempo nell'ordinamento giuridico della Città del Vaticano, al fine di renderlo più rispondente alle sue finalità istituzionali²⁶. Pertanto, per procedere ulteriormente nell'adeguamento normativo sono state promulgate la legge sul Governo dello Stato della Città del Vaticano²⁷, la nuova legge sulle fonti²⁸, cui ha fatto seguito la legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso²⁹.

La dottrina non riconosce a tali leggi la forza e la forma di leggi costituzionali³⁰, sebbene sia concorde sulla sussistenza all'interno dell'ordinamento di principi e norme materialmente costituzionali³¹.

dei poteri, sebbene l'attribuzione della titolarità dei poteri spetti sempre al Pontefice. Il potere esecutivo è esercitato dal Presidente della Pontificia Commissione, coadiuvato dal Segretario generale e dal Vice Segretario generale, art. 5. Il Cardinale Presidente ha la rappresentanza giuridica dello Stato, art. 8; può emanare ordinanze attuative di leggi e regolamenti, art. 7.1; dispone della forza pubblica ai fini della sicurezza e della polizia di Stato, art. 14; in caso di necessità può emanare atti aventi forza di legge, art. 7.2. Nelle materie di maggiore importanza procede di concerto con la Segreteria di Stato, art. 6. Sono organi ausiliari con funzioni di carattere consultivo il Consigliere generale e i Consiglieri dello Stato, che svolgono funzioni di consulenza sia legislativa sia amministrativa, in qualità di organo sia individuale che collegiale, art. 13. Cfr. G. DALLA TORRE, *L'ordinamento* cit., pp. 506 ss. In ordine alle considerazioni sull'esercizio sostanzialmente non differenziato delle funzioni legislativa ed esecutiva cfr. P.A. BONNET, *Le fonti* cfr., 554. Sulle novità degli organi del potere legislativo e del potere esecutivo introdotte dalla legge fondamentale del 2000 cfr. G. CORBELLINO, *La legge fondamentale* cit., pp. 369 ss. Sulle modifiche inerenti al sistema giudiziario cfr. G. DALLA TORRE, *L'attività giudiziale nello Stato della Città del Vaticano e la legge fondamentale*, in *Ius Ecclesiae*, 2001, 13, pp. 347 ss.

²⁶ Cfr. Giovanni Paolo PP. II, *Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano*, 26.11.2000, Proemio.

²⁷ Cfr. Giovanni Paolo PP. II, *Legge sul Governo dello Stato della Città del Vaticano*, 16.7.2002, n. CCCLXXXIV. Questa legge ha preso il posto della legge del 24.6.1969, n. LI promulgata da Paolo PP. VI.

²⁸ Benedetto PP. XVI, *Legge sulle fonti del diritto*, 1.10.2008, n. LXXI.

²⁹ Benedetto PP. XVI, *Legge sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso*, 22.2.2011, n. CXXXI.

³⁰ È dell'idea che il problema del fondamento dell'ordinamento giuridico per lo Stato della Città del Vaticano non si pone, in considerazione della sua strumentalità alle esigenze della Santa Sede G. LO CASTRO, *La legge fondamentale nella pubblicistica contemporanea*, in *Ius Ecclesiae*, 2001, 13, pp. 308 ss.

³¹ Cfr. G. DALLA TORRE, *L'ordinamento* cit., 517 e ID., *L'attività giudiziale* cit., 366; P.A. BONNET, *Le fonti* cit., 524.

Potrebbe essere significativo al fine del riconoscimento del rango costituzionale delle leggi fondamentali, (la legge fondamentale del 1929 e quella del 2000), evidenziare la loro promulgazione con *motu proprio* da parte del Pontefice³². Infatti tutte le leggi che sono state definite fondamentali nell'ordinamento vaticano sono state promulgate direttamente dal Pontefice, invece che dagli organi che nel corso degli anni hanno avuto la delega per esercitare la funzione legislativa. Inoltre si evidenzia la scelta di non numerare progressivamente la legge fondamentale, diversamente da quanto accade per gli altri atti legislativi. Non sembra decisivo per negare la natura di legge costituzionale neanche la constatazione che le leggi fondamentali sarebbero prive di rango costituzionale perché non prevederebbero alcune disposizioni che frequentemente trovano il loro riconoscimento in testi costituzionali³³. L'esperienza storica dimostra che possono esistere testi costituzionali "brevi" che definiscono l'assetto fondamentale dell'ordinamento e che questo è tipico delle Costituzioni flessibili. La legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano disciplina l'organizzazione dello Stato e l'esercizio del potere statale, racchiudendo alcune delle norme fondamentali dell'ordinamento.

Ciononostante il prevalente orientamento dottrinario propende per sottolineare l'esistenza nell'ordinamento vaticano di principi e norme di rilievo costituzionale, escludendo però di definire la legge fondamentale come Costituzione e quindi di riconoscerne l'efficacia conseguente a tale definizione. D'altronde è del tutto assente nell'ordinamento vaticano un organo giurisdizionale volto a sindacare

³² Cfr. J.I. ARRIETA, *La nuova legge vaticana sulle fonti del diritto*, in *Ius Ecclesiae*, 2009, 21, pp. 235 ss.

³³ La legge fondamentale non sarebbe assimilabile ad una Costituzione tenuto conto della diversità della finalità della legge fondamentale rispetto alle Costituzioni degli Stati moderni che sono volte a "circoscrivere, controllare e contenere l'autorità politica in vista della preservazione delle libertà civili dei cittadini", mentre lo Stato della Città del Vaticano non ha come fine principale il benessere dei cittadini, ma la garanzia dell'indipendenza della Santa Sede. Inoltre la legge fondamentale non sarebbe assimilabile ad una Costituzione per le lacune che porterebbero ad escludere il carattere costituzionale: non tratta di diritti e le libertà fondamentali e mancano le norme che regolano il funzionamento di organi cui è affidato l'esercizio dei poteri. Cfr. G. DALLA TORRE, *L'ordinamento* cit., pp. 514 ss. Vd. anche C. CARDIA, *La nuova legge* cit., pp. 314 ss. secondo cui la legge non è la Costituzione dello Stato, pur avendo un carattere *latu sensu* costituzionale, ma è piuttosto una legge di organizzazione dello Stato e dei suoi apparati, sulla base della considerazione che la Città del Vaticano non ha un popolo, una comunità politica stabile.

l'eventuale difformità degli atti normativi in contrasto con le leggi fondamentali. Al riguardo è da tenere sempre presente che la finalità dell'ordinamento vaticano è settoriale e collegata al governo della Chiesa, essendo assenti i profili politici rivolti ad una comunità civile³⁴. Questo spiegherebbe come, diversamente da altri ordinamenti, non si siano riconosciute formalmente, né si siano affermate nella prassi, forme di *judicial review*.

3. La legge sulle fonti n. LXXI del 1.10.2008

La legge che disciplina il sistema normativo dell'ordinamento vaticano è stata promulgata il 1.10.2008 dal Pontefice Benedetto XVI³⁵ e ribadisce l'impianto dualista delle fonti suddividendole in principali e suppletive, così come già previsto nella precedente legge sulle fonti del 1929³⁶.

La legge, come già ricordato, si inserisce all'interno del progetto di riforma dell'ordinamento giuridico della Città del Vaticano che ha preso l'avvio con l'emanazione della nuova legge fondamentale dell'ordinamento dello Stato e abroga la precedente legge sulle fonti del diritto del 7.6.1929, n. II.

³⁴ Cfr. C. CARDIA, *La nuova legge cit.*, pp. 316 ss.

³⁵ Benedetto PP. XVI, Legge sulle fonti del diritto, 1.10.2008, n. LXXI. Sui lavori preparatori della nuova legge sulle fonti cfr. A. SARAI, *Le fonti del diritto vaticano*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2011, pp. 41 ss. Cfr. anche W. HILGEMAN, *La nuova legge delle fonti del diritto dello Stato della Città del Vaticano*, in *Apolinaris*, LXXXIII, 2010, pp. 43 ss e 80 ss. In particolare si evidenzia la necessità di rivedere la legge sulle fonti del 1929 perchè diverse sue disposizioni erano state abrogate nel corso del tempo da leggi vaticane e in altri punti risultava superata dall'evoluzione dei tempi, pp. 52 ss.

³⁶ La legge sulle fonti del diritto emanata nel 1929 prevedeva la distinzione ancora attuale tra fonti principali e fonti suppletive del diritto, riconoscendo tra le prime il *Codex iuris canonici* e le Costituzioni apostoliche, oltre alle leggi emanate dal Sommo Pontefice e da altra autorità da lui delegata, nonché i regolamenti legittimamente emanati dalle autorità competenti. Le fonti principali comprendevano quindi due tipi norme: quelle canoniche e quelle emanate da organi dello Stato della Città del Vaticano. Nelle materie non regolate dalle fonti principali si richiamavano, in via suppletiva e fino a che non si fosse provveduto con leggi proprie della Città del Vaticano, le leggi emanate dal Regno d'Italia fino alla data di entrata in vigore della legge fondamentale sulle fonti, insieme ai regolamenti generali e a quelli locali della Provincia e del Governatorato di Roma. Venivano inoltre disposti dei limiti ai fini di una loro applicabilità all'interno dell'ordinamento vaticano che in parte sono tutt'ora riconosciuti.

La precedente normativa individuava, tra le fonti principali applicabili nello Stato del Vaticano, le norme canoniche, individuate nel *Codex iuris canonici* e nelle Costituzioni Apostoliche e le leggi emanate per la Città del Vaticano dal Sommo Pontefice o da altra autorità da lui delegata o competente ad emanare norme regolamentari. Si prevedevano, altresì, le norme italiane, specificamente individuate, qualificate come fonti suppletive ed applicabili nel rispetto di determinati limiti.

La nuova legge sulle fonti all'art. 1, rubricato sotto la dizione "Fonti principali", riconosce il diritto canonico come prima fonte normativa e primo criterio di riferimento interpretativo³⁷, non richiamando più, però, specifici testi, ma facendo riferimento all'ordinamento canonico generale. La dottrina ha rilevato che, in tal modo, è l'intero sistema giuridico della Chiesa che viene adottato dalla nuova legge³⁸, comprensivo della pluralità di fonti di produzione della normativa canonica.

Risulterebbe, pertanto, incluso nel rinvio anche il Codice dei Canonici delle Chiese Orientali promulgato il 18.10.1990³⁹ da Giovanni Paolo II, in tal modo confermando lo spirito evidenziato dallo stesso Pontefice di riunire attraverso i due codici il *Corpus iuris canonici* della Chiesa universale⁴⁰. Pur riconoscendo l'importanza teorica del riferimento alla generalità delle fonti del diritto canonico, sembra, però, difficile che questo ampliamento del riferimento alle fonti canoniche possa avere delle rilevanti conseguenze pratiche, tenuto conto di quanto difficilmente le norme del Codice dei Canonici delle Chiese Orientali possano trovare applicazione nella Città del Vaticano⁴¹.

Lo Stato della Città del Vaticano può, pertanto, definirsi come l'unico ordinamento esistente che richiama l'intero diritto canonico,

³⁷ Art. 1, comma 1, legge sulle fonti del diritto, n. LXXI.

³⁸ Cfr. J.I. ARRIETA, *La nuova legge cit.*, 234.

³⁹ Cfr. Giovanni Paolo II, *Constitutio apostolica de promulgatione Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium: Sacri Canones*, in A.A.S., LXXXII, (1990), 1033-1044. Giovanni Paolo II, *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium, auctoritate Ioannis pauli Papae II promulgatus*, in A.A.S., LXXXII, (1990), 1061-1363.

⁴⁰ Cfr. A.A.S. 83 (1991), 4, 488.

⁴¹ Sulla differenza tra il *Codex Iuris Canonici* e il *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* cfr. H. ALWAN, *Rapporto tra il Codice dei Canonici per le Chiese Orientali e il Codice di Diritto canonico per la Chiesa latina*, in *Iura Orientalia*, I, 2005, pp. 103 ss e pp. 121 ss.

differentemente da altri che, limitatamente ad alcune materie, ne richiamano specifiche disposizioni⁴².

Parte della dottrina evidenzia come il diritto canonico sarebbe assunto quale diritto positivo dello Stato, informandone tutta l'attività legislativa, non in virtù di un semplice rinvio effettuato sulla base di una scelta volontaria e sovrana dello Stato: più che di un rinvio si tratterebbe di una necessità insita nella stessa natura giuridica dello Stato, che senza l'ordinamento canonico non potrebbe neppure sussistere⁴³. Se si considerano, pertanto, i fini per cui lo Stato della Città del Vaticano è stato costituito il rinvio al diritto canonico sarebbe una scelta coerente e obbligata, tenuto conto che l'organizzazione dello Stato è strumentale e a garanzia delle esigenze della Santa Sede.

Secondo un diverso orientamento, il diritto canonico sarebbe una fonte eteronoma rispetto all'ordinamento vaticano; si tratta di un diritto di un diverso ordinamento capace di produrre effetti nello Stato della Città del Vaticano in quanto espressamente richiamato in un atto positivo statale: la legge sulle fonti normative. Il rinvio al diritto canonico sarebbe pertanto una scelta sovrana dello Stato della Città del Vaticano; in mancanza di tale rinvio il diritto canonico sarebbe applicato nel solo foro ecclesiastico e non anche in quello civile. Il richiamo operato dall'art. 1 della legge vaticana sulle fonti renderebbe pertanto ob-

⁴² Cfr. A. SARAIS, *Le fonti* cit., 110.

⁴³ Cfr. P.A. D'AVACK, *Vaticano* cit., pp. 178 ss. e pp. 193 ss. L'Autore sottolinea come la legislazione religiosa sia formalmente assunta come diritto positivo dello Stato della Città del Vaticano "prima e sopra le altre leggi e, come tale, informa il contenuto di tutta l'attività legislativa statale e ne fissa i limiti definitivi e inderogabili". Si evidenzia inoltre che differentemente dagli altri Stati ciò non si verifica in virtù di un rinvio, per un "semplice apprezzamento subiettivo volontario e mutabile del legislatore", ma si attua in virtù di un rapporto che definisce più intimo e più organico dello stesso rinvio ricettizio perché derivante dalla necessità intrinseca nella natura stessa dello Stato. La legislazione religiosa sarebbe pertanto prevalente ad ogni altra fonte del diritto. Secondo F. CAMMEO, *Ordinamento* cit., pp. 200 ss., il diritto canonico è prevalente nei confronti della legislazione italiana (art. 2 legge vaticana sulle fonti, 1929), ma non nei rapporti con le leggi vaticane che potrebbero pertanto derogarlo o sospenderlo. Secondo l'Autore in uno Stato assoluto prevalgono sempre le norme emanate dal Sovrano: risulterebbero prevalenti quindi le leggi emanate dal Sommo Pontefice per la Città del Vaticano sia sulle norme del diritto canonico sia su quelle italiane, pp. 170 ss. e pp. 183 ss. Il diritto canonico non costituirebbe, pertanto, un limite giuridico all'autorità suprema del Pontefice, perché ciò contraddirebbe il carattere assoluto dello Stato. Una legge vaticana non sarebbe invalida se in contrasto con una norma canonica, né esiste un'autorità competente per accertare tale invalidità sia nell'ordine temporale che in quello spirituale.

bligatoria l'applicazione di tale normativa sia da parte dei tribunali civili sia da parte dell'amministrazione dello Stato⁴⁴.

Il rinvio al diritto canonico riguarda le norme effettivamente vigenti: le eventuali modifiche, integrazioni e abrogazioni alla normativa canonica si riflettono automaticamente nello Stato della Città del Vaticano.

Sono poi definite come fonti principali la legge fondamentale del 2000 e le leggi promulgate per lo Stato della Città del Vaticano dal Sommo Pontefice, dalla Pontificia Commissione o dalle altre autorità alle quali sia stato conferito l'esercizio del potere legislativo (art. 1, comma 2)⁴⁵. Sembra interessante sottolineare l'inserimento nella nuova legge sulle fonti di un esplicito riferimento alla legge fondamentale. Nella precedente legge del 1929 si richiamavano in generale "le leggi" emanate per la Città del Vaticano dal Sommo Pontefice o da altra autorità da lui delegata, senza distinguere tra esse la legge fondamentale del 1929. L'esplicito richiamo alla legge fondamentale sembra confermare la diversa natura giuridica di tale atto normativo rispetto alle leggi ordinarie. In caso contrario sarebbe bastato fare riferimento alla categoria generale delle leggi in cui sarebbe stata ricompresa anche quella fondamentale.

Tra le fonti principali emanate da organi dell'ordinamento vaticano sono compresi anche i decreti, i regolamenti⁴⁶ e ogni altra disposizione normativa legittimamente emanata (art. 1 comma 3)⁴⁷, amplian-

⁴⁴ Cfr. A. SARAIS, *Le fonti* cit., 108.

⁴⁵ La Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano è un organo collegiale, presieduto da un Cardinale Presidente, ha una delega permanente per l'esercizio delle funzioni legislative. La legge dispone che i progetti di legge siano sottoposti alle considerazioni del Pontefice, tramite la Segreteria di Stato. Cfr. C. CARDIA, *La nuova legge*, 327.

⁴⁶ Il potere di emanare regolamenti generali è attribuito dalla legge fondamentale del 2000 alla Pontificia Commissione, art. 7, co. 3. La dottrina concorda sul fatto che la Commissione possa emanare non solo regolamenti per l'esecuzione di leggi, ma anche i cd. regolamenti indipendenti, in caso in cui manchi la disciplina legislativa e non ci sia una riserva di legge, cfr. A. SARAIS, *La nuova* cit., 94.

⁴⁷ In caso di necessità il Presidente della Commissione può emanare atti aventi forza di legge, che perdono efficacia se non confermati entro novanta giorni dalla Commissione, art. 7 legge fondamentale, 2000. Anche questi atti normativi devono previamente essere presentati, tramite la Segreteria di Stato, al Pontefice. Cfr. C. CARDIA, *La nuova legge*, 327. Il Presidente della Commissione può anche emanare ordinanze attuative di leggi e regolamenti, art. 7, legge fondamentale, 2000.

do rispetto alla precedente legge sulle fonti la categoria degli atti normativi emanati dagli organi vaticani definiti come fonti principali.

Infine la legge aggiunge, rispetto la precedente normativa, un altro gruppo di norme tra le fonti principali: le norme di diritto internazionale generale⁴⁸ e quelle derivanti dai trattati e altri accordi di cui la Santa Sede è parte, salvo quanto previsto dal comma 1 in ordine al riconoscimento del diritto canonico come prima fonte normativa e primo criterio di riferimento interpretativo. Il riferimento a tali norme attesta il maggior ruolo che la Città del Vaticano ha assunto nel corso di questi anni come soggetto di diritto internazionale⁴⁹.

Il rinvio operato al diritto canonico da parte della legge sulle fonti è necessario ai fini della sua applicabilità all'interno dell'ordinamento vaticano, va però chiarito se dal semplice rinvio sia possibile determinare la prevalenza del diritto statale sull'ordinamento canonico.

Non sembra che si possa riconoscere una gerarchia strutturale all'interno del sistema normativo vaticano, nel senso che non c'è un potere normativo che trae la sua legittimità dall'altro. Si condivide la tesi secondo la quale il diritto canonico non costituisce un limite giuridico all'autorità del Pontefice inteso come sovrano temporale, perché ciò contrasterebbe con il carattere assoluto della monarchia. Naturalmente la circostanza secondo cui il Pontefice ricopre entrambe le cariche di sovrano assoluto dello Stato della Città del Vaticano e di Capo della Chiesa dovrebbe in linea di principio escludere che possa esserci un contrasto tra le due normative secolare e religiosa. Avvalora tale tesi il fatto che manchi sia nell'ordinamento ecclesiastico sia in quello statale un'autorità competente a dirimere il conflitto. L'eventualità di una antinomia dovrebbe pertanto essere superata grazie allo strumento

⁴⁸ Sull'analisi in ordine all'identificazione delle norme che costituiscono il diritto generale internazionale cfr. P.A. BONNET, *Le fonti normative e la funzione legislativa nello Stato della Città del Vaticano*, in *Archivio Giuridico*, 4, 2009, pp. 505 ss.

⁴⁹ In base all'art. 2 della legge fondamentale 26.11.2000 "la rappresentanza dello Stato nei rapporti con gli Stati esteri e con gli altri soggetti di diritto internazionale, per le relazioni diplomatiche e per la conclusione dei trattati, è riservata al Sommo Pontefice, che la esercita per mezzo della Segreteria di Stato". Si riconosce una soggettività internazionale diversa per lo Stato della Città del Vaticano e per la Santa Sede, così come delineato dal Trattato lateranense. Sulle diverse concezioni monista, dualista e mista elaborate dalla dottrina in ordine ai rapporti tra la Città del Vaticano e la Santa Sede cfr. M. TEDESCHI, voce *Vaticano (Stato della Città del)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, XLVI, 1993, pp. 284 ss. Sulla differente soggettività della Città del Vaticano e della Santa Sede cfr. anche C. CARDIA, *Vaticano cit.*, pp. 38 ss.

dell'interpretazione. Per questo sembra molto significativo che al comma 1 dell'art. 1 della legge sulle fonti si faccia riferimento al diritto canonico come primo criterio interpretativo: la preferenza di una interpretazione conforme al diritto canonico determinerebbe il superamento del contrasto senza dovere ricorrere ad un giudizio sulla invalidità delle norme⁵⁰.

Il riconoscimento del diritto canonico come primo criterio di riferimento interpretativo è un'altra novità introdotta dalla legge sulle fonti. Tale previsione determina che i criteri ermeneutici del diritto canonico siano utilizzati per interpretare non solo il diritto religioso, ma tutte le fonti esistenti nell'ordinamento vaticano.

In tal modo, pur riconoscendo l'alterità dell'ordinamento statale da quello canonico, ciascuno volto a disciplinare le proprie diverse finalità, tale disposizione confermerebbe la connessione funzionale tra i due ordini, temporale e spirituale, permettendo che il diritto canonico, quale criterio interpretativo, svolga un importante ruolo di coordinamento tra le diverse tipologie di fonti normative⁵¹. L'importanza data all'armonizzazione ermeneutica evidenzerebbe, ancora una volta, la peculiarità dei rapporti tra l'ordinamento vaticano e quello canonico, distinti, ma funzionalmente collegati⁵².

È però necessario osservare come all'interno del diritto canonico si debbano distinguere le norme di diritto divino, assolutamente inderogabili anche da parte del Pontefice, dalle altre norme canoniche che il Pontefice, nella qualità di sovrano assoluto dello Stato della Città del Vaticano, e per lui gli organi a cui è attribuito l'esercizio del potere legislativo, potrebbe legittimamente derogare. Il diritto canonico sarebbe pertanto derogabile per volontà del Pontefice, non costituendo limite giuridico all'esercizio del potere legislativo del Sovrano della Cit-

⁵⁰ L'utilizzo dell'interpretazione per superare eventuali conflitti normativi ricorda quanto disposto nell'art. 3 dello *Human Rights Act*, 1998 secondo cui la legislazione deve essere interpretata in senso conforme ai diritti stabiliti nella Convenzione. Alle corti non è quindi consentito di invalidare le leggi contrastanti con i diritti: se non è possibile una interpretazione conforme alla Convenzione può essere solo emanata una declaratoria di incompatibilità che permetterà il rinvio dell'atto normativo al Parlamento affinché sia emendato senza inficiarne l'invalidità. Cfr. P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 164 ss.

⁵¹ Sull'importanza del ruolo di coordinamento del sistema canonistico cfr. A. SA-RAIS, *Le fonti* cit., 123.

⁵² La dizione "armonizzazione ermeneutica" è usata dal P.A. BONNET, *Le fonti* cit., 485.

tà del Vaticano⁵³. Diversamente il diritto divino ha un ruolo primario nell'ordinamento vaticano, è immediatamente vigente, costituendo un limite insuperabile per il legislatore statale, tenuto ad accostarsi alla legge divina per cogliere i contenuti attinenti al proprio ambito⁵⁴.

Va inoltre evidenziato che difficilmente dovrebbero realizzarsi dei conflitti normativi tra le norme dell'ordinamento canonico e di quello vaticano. Come rilevato da autorevole dottrina⁵⁵ la legislazione canonica tiene conto delle posizioni giuridiche dei battezzati e l'ambito di estensione del diritto canonico è relativo a materie spirituali e miste: non si occupa pertanto di materie temporali lasciate alla disciplina civilistica⁵⁶.

Sembra, poi, di poter individuare tra il primo e l'ultimo comma dell'art. 1 una gerarchia di tipo formale, cioè una relazione tra fonti positivamente istituita dalle fonti stesse. L'obbligo per l'ordinamento vaticano di conformarsi alle norme di diritto internazionale generale e dei trattati di cui la Santa Sede sia parte è subordinato alle prescrizioni del primo comma dello stesso articolo che letteralmente "riconosce nell'ordinamento canonico la prima fonte normativa". Si tratterebbe di una relazione tra fonti positivamente istituite dalle fonti stesse: è infatti una norma dell'ordinamento vaticano (art. 1 legge sulle fonti) che dispone che le norme di diritto internazionale generale e pattizio sono fonti principali, salvo il rispetto del riconoscimento del diritto canonico come fonte primaria. In tal modo il diritto canonico sarebbe un limite all'ingresso nell'ordinamento vaticano di norme di diritto internazionale che siano in contrasto con esso. Tale disposizione, come è stato osservato, limiterebbe il rinvio al diritto internazionale al solo ambito del diritto statale umano, escludendo la possibilità di un rinvio a norme di diritto internazionale contrastanti con il diritto divino⁵⁷.

4. *Le fonti suppletive*

Il diritto divino, i principi generali del diritto canonico e le norme dei Patti lateranensi e dei successivi accordi svolgono una importante

⁵³ Cfr. F. CAMMEO, *Ordinamento* cit., 183.

⁵⁴ Cfr. P.A. BONNET, *Le fonti* cit., pp. 466 ss.

⁵⁵ Cfr. J.I. ARRIETA, *La nuova legge* cit., 234.

⁵⁶ Cfr. F. CAMMEO, *Ordinamento* cit., 200.

⁵⁷ Cfr. P.A. BONNET, *Le fonti* cit., 516.

funzione di limite in ordine all'applicazione suppletiva delle leggi e degli atti normativi dello Stato italiano.

La legge sulle fonti distingue dalle fonti principali la categoria delle fonti suppletive, a cui è affidato il compito di regolamentare le materie che non sono disciplinate da fonti principali. La prima condizione in ordine all'applicabilità di tali norme è, pertanto, la circostanza che le fonti principali non provvedano a regolamentare le materie su cui opererà il rinvio. La nuova legge sulle fonti prevede, inoltre, che le leggi e gli altri atti normativi emanati dallo Stato italiano, per essere recepiti da parte della competente autorità vaticana, debbano essere congrui ai precetti suindicati: il diritto divino, i principi generali del diritto canonico e le norme dei Patti lateranensi e dei successivi accordi⁵⁸, sempre che, in relazione allo stato di fatto esistente nella Città del Vaticano risultino applicabili. Il superamento di tali filtri risponde alla necessità che siano recepite all'interno dell'ordinamento vaticano solo le disposizioni conformi con i valori e i principi su cui l'ordinamento stesso si fonda.

Il rapporto tra fonti principali e suppletive sembra doversi leggere sulla base della diversa competenza attribuita alle fonti: il richiamo alle fonti italiane è consentito solo in caso di lacune normative e previo il superamento del giudizio di conformità rispetto ai tre filtri fissati dalla legge. La legge dispone che ciascuna fonte suppletiva sia recepita dalla competente autorità vaticana.

Anche la precedente legge sulle fonti prevedeva, come oggi, il superamento dei filtri di congruità⁵⁹; tramite il rinvio previsto nell'art. 3

⁵⁸ Si è sostituito il riferimento al "Trattato e al Concordato stipulati tra la Santa Sede e il Regno d'Italia" previsto nella legge sulle fonti del 1929 con il richiamo ai "Patti lateranensi e successivi accordi", in modo da ricomprendere le modifiche introdotte nel 1984 e tutte quelle che potranno in futuro essere stipulate. In tal senso cfr. W. HILGEMAN, *La nuova legge* cit., 66, nt. 97.

⁵⁹ L'art. 3 della legge sulle fonti del diritto n. II, 7.6.1929 prevedeva infatti che le leggi e i regolamenti dello Stato italiano non dovessero essere contrari ai precetti di diritto divino, ai principi generali del diritto canonico, alle norme del Trattato e del Concordato stipulati fra la Santa Sede e il Regno d'Italia nell'11.2.1929, sempre che in relazione allo stato di fatto esistente nella Città del Vaticano risultassero applicabili. La medesima disposizione, inoltre, prevedeva il rinvio alla legislazione italiana "fino a che non siasi provveduto con leggi proprie della Città del Vaticano", evidenziando la temporaneità dell'applicazione della legislazione italiana in vista della futura produzione normativa vaticana. La nuova legge sulle fonti non contiene tale riferimento, probabilmente perché la legislazione vaticana si è limitata a disciplinare solo alcune materie

si rendeva possibile la recezione della legislazione italiana vigente all'8.6.1929, senza peraltro permettere che la successiva normativa italiana potesse essere recepita automaticamente⁶⁰. Oggi la nuova legge, mutate le esigenze che all'inizio del secolo scorso avevano spinto verso la recezione di un'intera parte del diritto italiano (la legislazione vigente all'8.6.1929), ha inteso recepire la legislazione specificamente oggetto di rinvio per le singole materie, nulla mutando rispetto all'atto formale di recepimento previsto nella precedente normativa.

La nuova legge dichiara, inoltre, formalmente recepiti con un rinvio materiale o recettizio il codice civile italiano del 1942. Il rinvio si estende anche alle leggi che lo hanno modificato fino all'entrata in vigore della nuova legge sulle fonti; le eventuali future modifiche dovranno pertanto essere oggetto di specifico recepimento. Diversamente da quanto statuito dalla precedente legge il rinvio non comprende la legislazione italiana integrativa⁶¹.

L'art. 4 della legge sulle fonti subordina il rinvio al codice civile italiano alle riserve suindicate, cioè l'assenza di fonti principali che disciplinano la materia oggetto delle disposizioni del codice civile italiano, l'assenza di contrasto tra le disposizioni del codice ed i precetti di diritto divino, i principi generali del diritto canonico, le norme dei Patti lateranensi e successivi accordi, sempre che tali norme risultino applicabili.

La legge sulle fonti, nel rinviare alla disciplina del codice civile italiano del 1942, riserva alcune specifiche materie alle fonti vaticane e alle fonti di diritto canonico. In particolare, secondo quanto disposto dall'art. 4 della legge sulle fonti, sono riservate alla disciplina delle leggi vaticane la cittadinanza vaticana, gli atti di nascita e di morte, i registri di cittadinanza e di anagrafe e i rapporti di lavoro. Si tratta di materie che disciplinano i rapporti tra lo Stato e il suo popolo e come tale manifestazioni della sovranità, che appare ovvio restino riservate alla normativa degli organi vaticani. La riserva alle fonti di diritto canonico riguarda materie che trovano nella normativa del diritto canonico una

ritenute più importanti, preferendo lasciare alla normativa italiana la regolamentazione delle altre.

⁶⁰ Cfr. N. PICARDI, *Nell'ottantesimo anniversario della giurisdizione vaticana*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giacobbe, Tomo I. Teoria generale, persone, famiglia*, Giuffrè, Milano, 2010, 180 e anche A. SARAI, *Le fonti* cit., 144.

⁶¹ La precedente legge sulle fonti rinviava al codice civile italiano del 1865, comprendendo anche tutte le leggi che lo avevano integrato e modificato ed i relativi regolamenti, (art. 11). Cfr. J.I. ARRIETA, *La nuova legge* cit., 237.

puntuale regolamentazione. Sono disciplinate da legge canonica o da disposizioni del codice canonico la capacità di compiere qualsiasi atto giuridico, di acquistare e disporre per negozio *inter vivos* e *mortis causa* dei chierici, dei membri degli Istituti di Vita Consacrata e delle Società di Vita Apostolica che siano cittadini vaticani. Si prevede quindi per tale categoria di soggetti – chierici o religiosi – l'applicazione della disciplina canonica, diversamente da quanto disposto per le altre persone che non hanno tale qualifica.

Sono altresì riservate al diritto canonico il matrimonio, la prescrizione dei beni ecclesiastici, le donazioni e i lasciti per causa di morte a favore delle pie cause⁶². La riserva sembra operare come garanzia, nel senso di attribuire alla disciplina canonistica delle materie che trovano nell'ordinamento canonico una puntuale disciplina.

Anche per la materia amministrativa si richiama la legislazione amministrativa vigente in Italia al momento dell'entrata in vigore della legge sulle fonti, sottoponendola alle stesse riserve indicate nell'art. 3 della legge.

Si sottopone alle stesse riserve la recezione del codice penale italiano del 1889, così come modificato ed integrato dalle leggi vaticane e del codice di procedura penale italiano del 1913, con le modifiche approvate dalle leggi vaticane. La difficoltà di applicare nel Vaticano la normativa penale e processualpenalista italiana ha determinato l'intervento e la modifica di tali corpi normativi con numerose leggi vaticane. Gli articoli 7 e 8 della legge sulle fonti sottendono la volontà di provvedere ad un riordino della materia sancendo rispettivamente il rinvio al codice penale italiano e al codice di procedura penale italiano, ma limitandolo temporalmente fino all'emanazione di una nuova disciplina delle materie da parte degli organi vaticani⁶³. Infine, il rispetto dei

⁶² La riserva di disciplina del matrimonio è giustificata sulla base della circostanza che si tratta di un sacramento. Il regime della prescrizione prevista dal diritto canonico prevede diversi e più rigorosi requisiti formali e temporali per maturare la prescrizione, a tutela della destinazione specifica dei beni ecclesiastici e tenuto conto della loro proprietà. Anche le disposizioni disciplinanti le donazioni e i lasciti *mortis causa* a favore delle pie cause sono riservate alla disciplina canonistica per ragioni di garanzia, poiché nel diritto canonico vi è una particolare tutela della volontà di chi compie le donazioni, garantendo l'effettiva esecuzione delle disposizioni del donante. Cfr. A. SARAI, *Le fonti* cit., 120.

⁶³ L'art. 7 della legge sulle fonti dispone il rinvio al codice penale italiano "sino a che non si provveda a nuova definizione del sistema penale"; l'art. 8 della medesima legge rinvia al codice di procedura italiano "sino a che non si provveda a nuova disci-

limiti indicati nell'art. 3 è previsto anche nell'art. 12 che rinvia a specifiche leggi italiane⁶⁴.

5. *Il diritto divino*

Dalla lettura della legge sulle fonti emerge come il diritto divino assuma rilevanza come fonte primaria, tramite il richiamo operato nell'art. 1 all'ordinamento canonico di cui il diritto divino fa parte. Rivela inoltre come limite al recepimento delle leggi italiane che devono necessariamente essere ad esso conformi⁶⁵.

L'art.6 della legge sulle fonti dispone, inoltre, con riferimento al diritto civile che “quando una controversia civile non si possa decidere con riferimento ad una norma prevista dalle fonti indicate nei precedenti articoli, il giudice decide tenuti presenti i precetti di diritto divino e del diritto naturale, nonché i principi generali dell'ordinamento giuridico vaticano”. In sede civile, pertanto, in caso di mancanza di norme primarie e suppletive, quindi in caso di una lacuna normativa, il giudice deve pronunciarsi in base ai precetti di diritto divino, oltre che ai principi suindicati⁶⁶. Diversamente dalla precedente legge sulle fonti si richiamano i principi generali dell'ordinamento vaticano e non più quelli del diritto canonico. La *ratio* di tale differenza sembra una con-

plina del rito” Cfr. J.I. ARRIETA, *La nuova legge cit.*, 239. Quando questa riforma avverrà ci si conformerà alla disciplina del codice di procedura civile, interamente regolato da leggi vaticane. Il codice di procedura civile è stato promulgato da Pio XII il 1.5.1946, modificato con la legge del 21.6.1969,

⁶⁴ Le materie che sono disciplinate dalle fonti italiane sono i pesi e le misure, i brevetti di invenzione e i marchi e i brevetti di fabbrica, le ferrovie, le poste, le telecomunicazioni e i relativi servizi sia su rete fissa che mobile, la trasmissione dell'energia elettrica, l'aviazione, le automobili e la loro circolazione, la difesa contro le malattie infettive e contagiose, la polizia edilizia e urbana, l'igiene e la sanità pubblica.

⁶⁵ Al diritto divino si riconosce un ruolo primario e predominante all'interno dello Stato della Città del Vaticano, cfr. P.A. BONNET, *Le fonti cit.*, pp. 526 ss. L'Autore richiama la prima enciclica di Pio XII – *De Summi Pontificatus munere* del 20.10.1939 – in cui si afferma che la società civile è stata voluta dal Creatore affinché regolasse la vita sociale secondo le prescrizioni di un ordine immutabile nei suoi principi universali. Questo ordine immutabile nei suoi principi è costituito dalla legge divina che Leone XIII nella sua enciclica *De libertate humana*, (20.6.1888) definisce come “la stessa legge eterna, ossia la stessa eterna ragione di Dio creatore e reggitore del mondo, inserita nelle creature ragionevoli e motrice di queste agli atti debiti e al fine”.

⁶⁶ Cfr. W. HILGEMAN, *La nuova legge cit.*, 73.

seguenza del fatto che tutte le norme del diritto canonico risultano ormai facenti parte del sistema normativo vaticano, per via del rinvio effettuato dalla legge sulle fonti alla generalità del diritto canonico e non più solo ad alcune sue fonti.

Il riferimento ai principi dell'ordinamento vaticano, previsto nell'art. 6 della legge sulle fonti, sembra, però, importante, perché potrà permettere l'elaborazione e l'evoluzione di principi propri di tale sistema normativo, di cui il diritto canonico fa parte, senza esaurirne però la portata normativa.

Il diritto divino rileva, pertanto, come norma suprema, ma anche come norma di chiusura dell'ordinamento a cui fare riferimento in caso di lacune normative.

Di conseguenza il giudice dopo aver valutato sulla non congruità di una norma suppletiva, che presuppone la mancanza di una fonte principale che disciplini quella specifica materia, con i principi indicati all'art. 3 della legge sulle fonti (diritto divino, principi generali del diritto canonico, norme del Patti lateranensi) dovrà trovare una soluzione della controversia in base ai principi di cui all'art. 6: il diritto divino e i principi generali dell'ordinamento vaticano.

Conferma il riferimento al diritto divino, in caso di lacune normative, la Corte di appello⁶⁷ dello Stato della Città del Vaticano, che ha specificato che in una controversia che ha nella legge positiva la sua specifica disciplina non può essere richiamato il diritto naturale. In ca-

⁶⁷ Il foro ecclesiastico e il foro vaticano sono distinti. L'attuale ordinamento giudiziario è disciplinato dalla legge del 21.11.1987, n. CXIX, A.A.S., 76 (1984), 495 ss. La legge fondamentale del 22.11.2000 ha disposto che il potere giudiziario è esercitato, a nome del Sommo Pontefice, dagli organi costituiti secondo l'ordinamento giudiziario dello Stato, (art.15). Diversamente dalla precedente legge non si fa più menzione ad un potere delegato dal Pontefice. Su tali premesse la dottrina considera che i giudici vaticani non sono titolari di una potestà delegata, ma sono giudici ordinari, investiti di una potestà ordinaria e vicaria, poiché pur essendo un potere proprio, la titolarità spetta al Pontefice o al Vescovo diocesano, cfr. N. PICARDI, *Ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano*, in F. CAMMEO, *Ordinamento cit.*, pp. 611 ss.; P. CIPROTTI, *Tribunali dello Stato della Città del Vaticano*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, XLV, 1992, pp. 80 ss. Il Pontefice può, in qualunque causa civile o penale ed in qualsiasi stadio della medesima, deferire l'istruttoria e la decisione ad una particolare commissione, anche con facoltà di pronunciare secondo equità e con esclusione di qualsiasi ulteriore gravame, art. 16. Inoltre in base all'art. 19 il Pontefice può concedere amnistie, indulti, grazie. In ordine all'importanza della riforma del 2000 per la tutela dei diritti ed interessi legittimi rispetto agli atti amministrativi, vd. G. DALLA TORRE, *L'ordinamento cit.*, pp. 511 ss.; ID., *L'attività giudiziale cit.*, pp. 358 ss.

so infatti di contrasto tra disposizioni di diritto positivo e principi di diritto naturale potrà essere prospettata l'eventuale modificazione delle prime, ma non ne può essere legittimamente richiesta la disapplicazione⁶⁸. La stessa Corte ha ribadito che, soprattutto per quanto attiene alle norme procedurali, i principi di diritto naturale e l'insegnamento del Magistero pontificio non possono essere assunti come fonte alternativa rispetto al diritto positivo, ma possono essere richiamati esclusivamente come criterio guida dell'attività ermeneutica delle norme positive. Ciò perché i principi di diritto naturale e l'insegnamento pontificio, "prevalentemente se non esclusivamente, hanno come destinatario il Legislatore positivo, tenuto a dare applicazione a quei principi"⁶⁹. Nelle materie legislativamente disciplinate il diritto divino rileva, pertanto, ai fini interpretativi.

Così, in una diversa pronuncia, la Corte ha ribadito come l'insegnamento del Magistero pontificio in materia sociale influisca sulla disciplina del lavoro, costituendo strumento per l'interpretazione e l'integrazione di leggi incomplete o di dubbio significato. In contrasto, però, con la funzione di norma di chiusura che sembra essere riconosciuto al diritto divino dall'art. 6 della legge sulle fonti, la Corte asserisce che in assenza di uno specifico intervento legislativo quell'insegnamento non è idoneo a costituire norma giuridica vincolante⁷⁰. Nel caso specifico la Corte ha riformato una decisione del Collegio di conciliazione e arbitrato dell'ULSA⁷¹ che, in assenza di una specifica

⁶⁸ Corte d'appello, n.44/1995 (3.10-31.10 1995), in Bollettino ULSA, 4 (1996), 146. Vd. contra P.A. BONNET, *Le fonti cit.*, 527e nt. 29, che ribadisce il ruolo predominante del diritto divino e definisce la norma divina immediatamente e per sé vigente nell'ordinamento dello Stato, costituendo un limite insuperabile e un paradigma obbligatorio per il legislatore umano.

⁶⁹ Corte d'appello, n. 61/1997 (22.7.1998 – 8.4.1999) in Bollettino ULSA, 8 (2000), 101. Il Collegio ha anche ribadito che l'equità può avere rilevanza nell'interpretazione di una norma procedurale che risulti ambigua, ma non può consentire la sua disapplicazione. A presidio della certezza del diritto le regole procedurali volute dal legislatore vanno rispettate perché strumentali alla realizzazione della giustizia. Bollettino n. 2 (periodo 1.1.1991 – 31.12.1992), Massime del Collegio di Conciliazione e arbitrato, Decisione n. 1/91, in senso conforme, decisioni nn. 2/91, 3/91, 4/91.

⁷⁰ Corte d'appello, n.46/1995 (4.12 1995 – 19.4 1996) in Bollettino ULSA, 5 (1997), 63.

⁷¹ L'Ufficio del Lavoro della Sede apostolica (ULSA) è stato istituito per un quinquennio con *motu proprio* "Nel primo anniversario", A.A.S., 81 (1989), 145, dal Pontefice Giovanni Paolo II il 1.1.1989. Il suo statuto definitivo è stato approvato con *motu proprio* "La sollecitudine" il 30.9.1994, A.A.S., 86 (1994) 841-855. Nel 2009 il Pontefice

disposizione che indicasse le modalità di calcolo del compenso per lavoro straordinario, aveva individuato nei principi ispirati all'insegnamento del Pontefice il criterio di decisione della controversia. Il Collegio aveva sottolineato che era necessario fare riferimento al Magistero tutte le volte in cui la decisione richiesta non poteva essere individuata alla stregua di una specifica disposizione di legge. La Corte di appello però si è pronunciata in senso contrario⁷², confermando pertanto l'importanza del ruolo dei principi religiosi e del diritto naturale ai fini esclusivamente interpretativi per integrare il significato della normativa legislativa, ma non per disciplinare la materia in mancanza di questa. L'insegnamento del Sommo Pontefice non può essere richiamato dal Collegio di conciliazione e arbitrato dell'ULSA per supplire a lacune legislative in materia sociale, negando quindi al Magistero della Chiesa il ruolo di fonte integrativa del sistema normativo in caso di lacune⁷³.

Diversamente in materia penale il giudice, se manca qualunque di-

ce Benedetto XVI con *motu proprio* "Venti anni or sono" (7.7. 2009) ha riconfermato le funzioni dell'ULSA, riaffermando il suo ruolo nella promozione e nel consolidamento della comunità di lavoro. L'Ufficio è competente a disciplinare e a sovrintendere la gestione dei rapporti di lavoro dipendente che fanno capo alla Santa Sede e alla Città del Vaticano. Tale organismo risponde all'opportunità di riunire le competenze relative ai rapporti di lavoro che fino al momento dell'instaurazione dell'ULSA si caratterizzava per la coesistenza di due distinti ordinamenti con due distinti ordinamenti giudiziari: la Città del Vaticano e la Curia romana. Lo Statuto dell'ULSA (art. 10), prevede che le controversie di lavoro devono trovare soluzione attraverso forme di conciliazione e, in caso di fallimento di queste, attraverso l'esame e la decisione del Collegio di conciliazione ed arbitrato. Il Collegio di conciliazione e arbitrato è, pertanto, un organo che interviene in una seconda fase eventuale, dopo che si è tentata una prima procedura conciliativa e si riconosce alle sue pronunce carattere di definitività. Cfr. N. DE MARINIS, *Ufficio del lavoro della Sede apostolica*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, XLV, 1992, 713 ss.; S. CARMIGLIANI CARIDI, *Ufficio del lavoro della Sede apostolica (ULSA)*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, XXXII, 1994.

⁷² Decisione n. 1/98 – Massimario del Collegio di conciliazione, in *Bollettini ULSA* n. 7 (1998). Il Collegio richiamava quanto detto nel discorso del 27 gennaio 1997 al Tribunale della Rota Romana in occasione dell'apertura dell'Anno Giudiziario dal Pontefice in cui si ribadiva che il Magistero "va ben oltre la sola dimensione giuridica, ma la tiene costantemente presente" con la conseguenza che quel Magistero è una "fonte prioritaria per completare ed applicare rettamente il diritto".

⁷³ Corte d'appello, n. 62/1998 (14.12.1998 – 9.7.1999) in *Bollettino ULSA* 8, (1999) 2000, 102-103, secondo cui il Collegio di conciliazione dell'ULSA non ha il potere di creare norme non contemplate dall'ordinamento in nome di una giustizia non scritta.

sposizione penale e tuttavia sia commesso un reato che offenda i principi della religione o della morale, l'ordine pubblico o la sicurezza delle persone o delle cose, deve comunque comminare una sanzione – pecuniaria o detentiva – richiamandosi ai principi generali della legislazione o applicando le sanzioni alternative previste dalla legge vaticana⁷⁴. Il riferimento ai principi generali comprende i principi di diritto canonico, i principi che sono alla base dei trattati internazionali ratificati dalla Santa Sede⁷⁵.

Inoltre, in base all'art. 9, così come avveniva in base all'art. 23 della precedente legge sulle fonti, ogni fatto che offenda la religione cattolica, e quindi costituisca reato in base all'ordinamento canonico, costituisce automaticamente reato anche per lo Stato⁷⁶. In caso di lacune in

⁷⁴ È nota la vicenda giudiziaria in cui il Tribunale vaticano (sentenza 5.5.2007, prot. 31/03 e 5/04 Reg. Gen. Pen.) ha rinviato a giudizio l'imputato per detenzione e spaccio di sostanze stupefacenti, fattispecie non contemplata nel codice penale del 1889, richiamando l'art. 23 della legge sulle fonti del 1929, ora riprodotto nell'art. 9 della nuova legge, che prevedeva che “qualora le norme penali della legislazione del Regno d'Italia richiamate in via suppletiva risultino per qualsiasi motivo inapplicabili e manchi qualunque altra disposizione penale speciale, e tuttavia sia commesso un fatto che offenda i principi della religione o della morale, l'ordine pubblico o la sicurezza delle persone o delle cose, il giudice, salvi sempre i provvedimenti e le pene spirituali di diritto canonico, può applicare al colpevole la pena dell'ammenda fino a lire 9.000 o quella dell'arresto fino a sei mesi”. Nel caso specifico il Tribunale ha fondato l'affermazione di responsabilità, tra l'altro, sulla Convenzione ONU sugli stupefacenti, sottoscritta dalla Santa Sede, ed ha ritenuto di non contraddire il principio di legalità penale *nullum crimen sine lege*, richiamando una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22.11.1995, Pres. Ryssdal, C.R. c. Regno Unito, in cui si riconosce che l'interpretazione da parte del giudice costituisce un elemento portante del sistema penale e quindi lo stesso principio di legalità non esclude l'interpretazione giudiziale, soprattutto se essa non sia incompatibile con l'essenza del reato e possa ragionevolmente essere prevista. Cfr. E. SELVAGGI, *Fonti suppletive e principio di legalità nell'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano*, in *Cass. Pen.*, 5, 2009, pp. 2198 ss.; J.I. ARRIETA, *La nuova cit.*, pp. 241 ss.; N. PICARDI, *Nell'ottantesimo cit.*, pp. 183 ss. Si sottolinea la necessità di operare un'interpretazione rigorosa dell'art. 9 della legge sulle fonti, che non deve comportare l'estensione della punibilità oltre i casi previsti dal legislatore. L'art. 9 va inteso come norma incriminatrice che prevede una specifica fattispecie di reato: “un fatto che offende i principi della religione o della morale, l'ordine pubblico o la sicurezza delle persone o delle cose”. Il legislatore vaticano per ovviare alla mancanza di alcune fattispecie di reato ha approvato la legge 30.12.2010 n. CXXVII con cui sono state inserite nell'ordinamento vaticano nuove fattispecie criminali non contemplate nel codice penale del 1889. Cfr. A. SARAI, *Le fonti cit.*, 220 ss.

⁷⁵ Cfr. J.I. ARRIETA, *La nuova legge cit.*, 241.

⁷⁶ Cfr. P.A. D'AVACK, *Vaticano cit.*, 195.

materia penale, pertanto, non si richiama direttamente il diritto divino, ma i principi generali della legislazione che però trovano il loro fondamento nel diritto divino.

6. Riflessioni conclusive

Nello Stato della Città del Vaticano non sembra che il potere normativo statale tragga la sua legittimità da quello religioso. Sebbene tra l'ordine statale e quello religioso ci sia un'indubbia connessione funzionale, i due poteri restano distinti e mantengono una loro alterità.

Anche se parte della dottrina sottolinea che il riconoscimento del diritto canonico come prima fonte normativa sia una necessità consequenziale al rapporto peculiare esistente tra lo Stato della Città del Vaticano e la Santa Sede, il primo resta comunque titolare del potere di individuare, se non l'*an*, almeno il *quantum* in ordine alla tipologia di fonti religiose da richiamare all'interno del proprio sistema normativo. A conferma di ciò si sottolinea come la nuova legge sulle fonti abbia esteso l'ambito di riferimento al diritto canonico, non limitandosi più solo a riconoscere come fonti principali il *Codex iuris canonici* e le Costituzioni apostoliche. Nulla vieta che, in futuro, si possa nuovamente optare per scelte diverse, limitando il riconoscimento ad alcune specifici testi di diritto canonico.

Resta indiscussa la preminenza del diritto divino, quale legge immediatamente vigente nell'ordinamento vaticano, che informa tutta l'attività normativa del legislatore e che costituisce un limite insuperabile nei confronti di tutte le tipologie di fonti.

La peculiarità dello Stato della Città del Vaticano si evidenzia, inoltre, per la mancanza di una comunità politica portatrice di istanze pluraliste, che esclude *a priori* problematiche inerenti alla concorrenza di fonti di natura politica, che sono infatti assenti, con fonti di diversa matrice.

CAPITOLO QUINTO

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il diritto e la religione sono due dimensioni della vita dell'uomo strettamente connesse tra loro in una relazione dialettica, in cui l'elemento culturale, che costituisce parte dell'identità di un popolo, funge da tramite.

Nei tre ordinamenti considerati il diritto religioso assume una funzione ulteriore derivante dall'essere anche fonte del diritto, seppure con delle notevoli differenze.

Il sistema delle fonti del diritto in Israele riflette le contraddizioni della società che è chiamato a regolare. Se applicassimo la metodologia pluralista elaborata da Menski, richiamata nel capitolo introduttivo, potremmo evidenziare il carattere composito delle fonti del diritto, manifestazioni dello Stato, della società e della religione¹.

Il diritto israeliano “*is both ancient and young, native and immigrant, tribal and universal. It is both common law and civil law, yet fundamentally different from both*”². Dell'originario impianto del sistema delle fonti previsto all'epoca della costituzione dello Stato israeliano rimane la convivenza delle diverse leggi disciplinanti il matrimonio e il divorzio quante sono le diverse comunità religiose riconosciute, senza la previsione di alcuna legge che possa coordinarle tra loro, retaggio della tradizione giuridica del periodo ottomano.

Il mandato britannico, nonostante la sua breve durata, ha lasciato un'influenza più incisiva nel sistema delle fonti, introducendo i principi di *common law* ed *equity*. Da questo impianto si è passati ad un sistema di fonti più elaborato, che si è evoluto nel tempo e che ha acquistato nuove caratteristiche. Oggi il principio dello *stare decisis* convive con diverse forme di codificazione soggette per lo più ad influenze di matrice tedesca³ che hanno assunto un ruolo primario nel sistema delle fonti.

¹ In tal senso si manifesta quella connessione stretta tra Costituzione e cultura, tra diritto e contesto sociale, cfr. G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, 32.

² Y. SHACKAR, *History* cit., 1.

³ Si fa riferimento alle numerose leggi emanate dalla *Knesset* con cui si è provveduto a costituire un sistema completo di diritto dei contratti, diritto della proprietà e diritto delle successioni, cfr. A.M. RABELLO, *Toward* cit., 579.

All'interno di tale sistema il diritto ebraico influisce sul sistema delle fonti dell'ordinamento israeliano con diverse modalità. Nelle materie riservate alla disciplina del diritto religioso questo rileva all'interno dell'ordinamento statale per esplicito rinvio da parte di una legge dello Stato, che ha l'effetto di incorporare i precetti religiosi all'interno dell'ordinamento statale. È quindi un organo costituzionale dello Stato che decide in ordine al rinvio: la legittimazione della fonte religiosa trova il suo fondamento in una legge secolare.

L'influenza del diritto ebraico, come si è esaminato, non può però essere ridotta solo con riferimento al suo ruolo di fonte formale. Frequentemente il contenuto dei precetti religiosi è riprodotto all'interno delle leggi statali, attraverso l'attività di politica selettiva. In questo caso il diritto religioso è introdotto nell'ordinamento giuridico attraverso un atto normativo secolare che ha il medesimo contenuto della norma religiosa. In entrambi i casi è quindi il Parlamento che, attraverso l'esercizio della funzione legislativa, svolge un ruolo chiave nella determinazione di normative aventi un contenuto conforme ai precetti religiosi, tramite la presenza dei partiti politici che rappresentano le istanze religiose espresse nella società israeliana. Questo manifesta il forte coinvolgimento tra la sfera religiosa e quella civile, che si riflette a livello istituzionale con la partecipazione delle correnti religiose all'interno dei partiti nella determinazione della politica nazionale.

Il diritto religioso, inoltre, assume rilevanza come fonte grazie alla disposizione della *Foundations Law Act* che richiama i principi di libertà, giustizia, equità e pace della tradizione d'Israele. Tali principi sono a loro volta richiamati nella Dichiarazione di indipendenza, a cui si rinvia nelle leggi fondamentali sui diritti.

Il carattere composito che caratterizza il sistema delle fonti non necessariamente deve considerarsi in una connotazione negativa. Il pluralismo legale, che permette l'applicazione di normative religiose diverse a seconda della comunità di appartenenza, può svolgere un ruolo importante nella mediazione dei conflitti tra i membri delle differenti religioni all'interno della società, garantendo le norme culturali delle singole comunità ed evitando l'imposizione di quelle della maggioranza. Il pluralismo garantirebbe una ricchezza normativa che difficilmente troverebbe espressione nelle leggi approvate dal Parlamento israeliano.

A contrario si evidenzia, però, che il pluralismo legale rende continuo il conflitto interreligioso non realizzando l'uguaglianza, riducendo

la coesione sociale e non aiutando lo svilupparsi di un comune senso civico, di una comune identità.

Dall'analisi della realtà sociale israeliana emerge come sia estremamente importante che il pluralismo non diventi un limite alla garanzia dei diritti e delle libertà. È necessario che siano garantite a tutti i componenti delle diverse comunità religiose le medesime libertà, superando la normativa religiosa laddove preveda discriminazioni e limiti ai diritti. In tal senso funge da garanzia il rispetto e la conformità che la legislazione religiosa, in quanto contenuta in leggi secolari, deve avere rispetto alle leggi fondamentali e la conseguente previsione del *judicial review*⁴. La normativa statale, di natura costituzionale, potrebbe essere un valido limite alla normativa religiosa se si riuscisse a continuare nell'elaborazione o nell'integrazione delle leggi fondamentali. La mancanza di un accordo su un comune testo costituzionale evidenzia il conflitto sociale in ordine alla sussistenza di un insieme di valori condivisi dall'intera società, che non permette una rapida evoluzione della normativa costituzionale.

Questa complessità a livello normativo si riflette nel dialogo tra le corti civili e le istituzioni religiose relativo ai loro rapporti, all'ambito di estensione dei propri poteri e al fondamento della loro autorità.

La Corte ha affermato⁵ che il *Chief Rabbinate*, organo distinto dalle corti religiose, ma considerato, analogalmente a queste, come un organo amministrativo, debba rispettare i principi comuni di diritto amministrativo, quali i principi di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, avvalorando la tesi che anche l'autorità religiosa sia sottoposta al rispetto dei principi secolari e che la sua operatività debba svolgersi nel rispetto del diritto statale⁶.

⁴ Anche il riconoscimento dei diritti nelle leggi fondamentali del 1992, indipendentemente dalla riunione in un unico testo costituzionale, evidenzia l'evoluzione che si è realizzata nel sistema costituzionale israeliano, da sempre alla ricerca di un equilibrio tra valori e principi che possano godere di un consenso quanto più ampio possibile da parte della popolazione.

⁵ In H.C. 7120/07 *Produce Production and Marketing Board v. Chief Rabbinate of Israel*, (2007).

⁶ Cfr. J. GOODMAN, *Divine* cit., pp. 491 ss. La controversia riguardava il rilascio del certificato del cibo *kosher* sui prodotti agricoli maturati durante il cosiddetto anno sabbatico, un particolare periodo durante il quale, secondo la tradizione ebraica, i terreni devono lasciarsi incolti e ogni prodotto che matura naturalmente sul terreno si considera di pubblica proprietà così che i poveri possano fruirne. I prodotti agricoli maturati durante l'anno sabbatico si considerano non *kosher* e questo mette in difficoltà l'economia del paese e la vendita dei prodotti nel territorio israeliano. Il *Chief Rab-*

La difficoltà che emerge dalla società israeliana si riflette nel rapporto tra le istituzioni, perché se per la Corte suprema l'orientamento è quello descritto, per le corti religiose la loro autorità non risiede nello Stato e, di conseguenza, cercano di non lasciarsi imbrigliare dai limiti imposti dalla normativa secolare. Così nel caso *Bavli*⁷ le corti religiose si sono rifiutate di seguire la decisione della Corte suprema. In questa ipotesi la Corte può solo esprimere il suo orientamento; è il governo statale che è chiamato ad intervenire, preferendo spesso di astenersi dal farlo.

Parte della dottrina, in ordine al ruolo della Corte, è peraltro critica sottolineando come il suo intervento sia incisivo nel ristabilire lo *status quo* o nel limitare l'estensione della competenza delle corti religiose, ma lo sia meno nell'evoluzione e nell'ampliamento della tutela dei diritti e delle libertà⁸.

Così sembra significativo menzionare la sentenza della Corte suprema con cui si è giudicata la legittimità costituzionale della *Citizenship and Entry into Israel Law (Temporary Provision)*, 2003. Questa legge ha disposto dei limiti, inizialmente nei confronti dei residenti della Striscia di Gaza, della Giudea e della Samaria (queste ultime due aree comunemente conosciute come *West Bank*), e poi anche per i cittadini e residenti di paesi considerati nemici (Iran, Iraq, Libano e Si-

binate, per eludere tale divieto, ha elaborato un espediente che permette, facendo coltivare la terra durante l'anno sabbatico a persone non ebraiche, e quindi non sottoposte ai medesimi precetti religiosi, di continuare la coltivazione agricola ed ottenere per i prodotti così coltivati il rilascio della certificazione di cibo *kosher* da parte del *Chief Rabbinate*. Durante l'anno sabbatico cominciato nel 2007 il *Chief Rabbinate*, sotto le pressioni delle fazioni ultraortodosse, ha deciso di modificare la tradizionale linea politica negando il rilascio della certificazione sul cibo *kosher* a chi usufruiva di tale permesso. I rabbini municipali in base a tale orientamento si sono divisi, concedendo o negando il certificato di conformità al cibo *kosher*. La Corte suprema chiamata a giudicare in ordine al mancato rilascio della certificazione si è pronunciata contro il *Chief Rabbinate*, ordinando il ritorno alla politica tradizionale di rilasciare il certificato di cibo *kosher* alla produzione agricola maturata durante l'anno sabbatico. La Corte ha sostenuto che i cambiamenti operati dal *Chief Rabbinate* sono stati inadeguati e irragionevoli nel bilanciare gli interessi pubblici e quelli degli agricoltori con gli interessi religiosi, avendo anche causato un danno economico con l'aumento dei prezzi derivante dalla necessaria importazione dei beni necessari nel paese.

⁷ H.C. 1000/92 *Bavli v. the Great Rabbinical Court* (1995) 48 (2) P.D. 6. Vd. nt. 95, cap. II.

⁸ Cfr. J. GOODMAN, *Divine* cit., 495. È vero però che il riconoscimento del *judicial review* è avvenuto in via giurisprudenziale, grazie all'evoluzione delle decisioni della Corte suprema.

ria), per entrare nel territorio israeliano e potere ottenere la cittadinanza e la residenza, anche nei casi di matrimonio tra queste persone e un cittadino o un residente israeliano⁹. La legge, giustificata da motivi di sicurezza nazionale, è stata oggetto di ampie critiche perché limita la possibilità, soprattutto per gli arabi non israeliani delle aree indicate, di immigrare in Israele e di regolarizzare il proprio soggiorno, anche se sia stato contratto il matrimonio con un cittadino israeliano, ponendo, quindi, seri problemi per la riunificazione familiare. La Corte suprema, chiamata a verificare la conformità di tale legge, ne ha dichiarato la legittimità costituzionale con una difficile decisione che sembra aver cercato di bilanciare la necessità dello Stato di proteggere il suo carattere ebraico e la sicurezza nazionale con la tutela dei diritti individuali dei componenti della società israeliana, che però non è riducibile al solo contesto ebraico.

Anche la politica legislativa del Parlamento riflette la complessità sociale che caratterizza Israele. Il Parlamento ha approvato molte leggi che hanno avuto un'influenza negativa sulla libertà di religione e, frequentemente, in seguito a pronunce della Corte suprema che si discostavano dai principi religiosi, ha approvato leggi di contenuto opposto¹⁰. Ciò non toglie che in altre circostanze sia riuscito a bilanciare con adeguate norme le discriminazioni e i divieti contenuti nelle norme religiose. Si pensi alle norme contro la discriminazione delle donne¹¹ (*The Women's Equal Rights Law*, 1951), alla politica volta ad incentivare le azioni di promozione della presenza femminile nell'impiego e nell'istruzione, alla politica del legislatore contro la bigamia anche se prevista dalle normative religiose¹² o, più recentemente, all'estensione anche alle donne non professanti la religione ebraica del-

⁹ Cfr. R. LAPIDOTH, O. FRIESEL, *Some Reflections on Israel's Temporary Legislation on Unification of Families*, in 43 *Isr. L. Rev.*, 2010, pp. 457 ss.; B.M. NIKFAR, *Families Divided: An Analysis of Israel's Citizenship and Entry into Israel Law*, in 3 *Nw. Univ. J. Int'l Hum. Rts.*, 2005, in <http://www.scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol3/iss1/5>. Criticamente l'Autore sottolinea che la legge sia stata voluta, più che per motivi di tutela della sicurezza nazionale, per limitare il numero dei Palestinesi in Israele affinché la maggioranza della popolazione resti ebrea. La legge avrebbe dovuto avere una efficacia temporale limitata ad un anno dalla sua entrata in vigore, ma è stata oggetto di diverse proroghe.

¹⁰ Cfr. S. SHETREET, *State cit.*, 439.

¹¹ Cfr. H.H. COHN, *Religious cit.*, 93.

¹² La bigamia è penalmente punita dalla legislazione israeliana e tale divieto è di fatto un modo con cui il legislatore secolare interviene, seppure indirettamente nella disciplina del matrimonio.

la facoltà di optare per la giurisdizione civile in alternativa a quella religiosa, nelle materie diverse dal matrimonio e dal divorzio.

La democrazia israeliana dipende molto dall'esito del bilanciamento dei poteri tra le istituzioni, tra le comunità secolari e quelle religiose e all'interno del settore religioso¹³.

In questa attività di bilanciamento, frutto di non facili compromessi, la difficoltà deriva dall'identità dello Stato israeliano e dalla forte commistione della religione con la sfera pubblica. C'è una forte tensione tra le istanze secolari e quelle religiose che si trasmettono nella difficoltà di approvazione di normative del tutto scevre da influenza religiosa e dalla continua ricerca di trovare un equilibrio tra la tutela delle minoranze e la preservazione del carattere ebraico dello Stato, senza creare ingiustificate discriminazioni o vantaggi. Così la Corte si è soffermata nuovamente sulla vincolatività dei precetti religiosi nella decisione *Ressler v. the Knesset*¹⁴ in cui l'assenza di un divieto religioso che imponga agli ebrei ultra-ortodossi di non svolgere il servizio militare ha consentito alla Corte di potere affermare che costituisce un trattamento differenziato dal resto della popolazione la normativa che dispone della posticipazione dello svolgimento del servizio o la possibilità di scegliere un servizio civile alternativo per gli ebrei-ultra-ortodossi.

Il non avere posto le fonti religiose all'apice del sistema normativo dello Stato israeliano permette lo svolgersi del difficile dialogo istituzionale che, a sua volta, riflette quello della società e consente all'ordinamento israeliano di aprirsi, non senza contraddizioni, nei confronti delle minoranze etnico religiose. In questo delicato equilibrio si sviluppa la democraticità dello Stato, che può continuare ad evolversi se si mantiene il rispetto della diversità e la ricerca di soluzioni normative che possano attuare quella tutela dei valori che della democrazia in senso sostanziale costituiscono il fondamento.

L'ordinamento iraniano, differentemente da quello israeliano, pone il diritto religioso all'apice del sistema normativo, stabilendo la necessaria conformità di tutte le norme ai precetti religiosi. La *Shari'a* è condizione di legittimità di tutte le leggi, compreso la Costituzione. È

¹³ Cfr. G.M. STEINBERG, *Interpretations* cit., 112.

¹⁴ H.C. 6298/07 *Ressler v. The Knesset*, (2012). Cfr. I. RUGGIU, *Israele: Acquis multiculturale e principio di uguaglianza. Nota a Corte suprema, Ressler v. the Knesset del 21.2.2012*, in www.forumquadernicostituzionali.it, 29.3.2012.

pertanto l'ordinamento che trova il fondamento nelle norme di natura divina e non viceversa.

All'interno dell'ordinamento iraniano il diritto religioso non solo è fonte principale, ma condiziona anche l'attività interpretativa delle disposizioni normative, con l'attribuzione al Consiglio dei Guardiani del compito di interpretare la Costituzione, oltre che di verificare della conformità della legge e della stessa Costituzione ai precetti islamici.

Eppure la supremazia della *Shari'a* non ha escluso la previsione di un testo costituzionale che, almeno formalmente, nell'individuare le norme che disciplinano l'organizzazione del potere e i rapporti tra questo e gli individui e i gruppi, sembra recepire molti dei principi elaborati dal costituzionalismo moderno.

In realtà le disposizioni costituzionali non sono riuscite nell'intento di preservare e limitare il potere religioso imbrigliandolo all'interno di garanzie costituzionalmente previste, proprio perché non è il sistema religioso che procede da quello costituzionale, ma è quest'ultimo che trae la sua legittimità dal primo.

Questo conferma l'idea che per quanto sia oggi agevole la circolazione dei modelli costituzionali¹⁵, il loro reale accoglimento dipende dall'effettiva accettazione dei valori che il modello sottende. È condizione necessaria ma non sufficiente la previsione costituzionale della separazione dei poteri, dei limiti ai poteri dello Stato, della garanzia dei diritti. L'effettiva realizzazione di tali principi deriva dal considerare la Costituzione come tavola di valori condivisi su cui erigere un ordinamento costituzionale. In Iran ciò non si realizza proprio perché non è la Costituzione ma la *Shari'a* la vera base condivisa di valori che tutti i poteri dello Stato devono rispettare. La Costituzione iraniana rimanda, pertanto, solo all'accettazione di una forma e all'individuazione di obiettivi, disattendendo il riconoscimento sostanziale delle garanzie e dei principi caratteristici del modello di Stato costituzionale¹⁶.

¹⁵ Sul concetto di "modello costituzionale" e sulle diverse cause di che ne favoriscono la circolazione vd. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto* cit., 87.

¹⁶ Si fa riferimento al modello di Stato costituzionale elaborato da P. HÄBERLE, *Potere costituente (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, XXII, 2000, 1; ID., *Lo Stato costituzionale europeo*, in AA.VV., *Sovranità Rappresentanza Democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Atti del convegno svoltosi nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II e nell'Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, Napoli 25-26 giugno 1999, Jovene Editore, Napoli, 2000, 54. Sulla Costituzione iraniana come modello di teocrazia costituzionale

Se ci soffermiamo sull'evoluzione dell'ordinamento iraniano si può notare, però, come si possa mettere in dubbio il suo essere realmente espressione ed attuazione di una normativa religiosa. Ciò che emerge infatti, da un'analisi più approfondita del sistema iraniano, è il primato della politica, a scapito delle fonti di matrice religiosa. Superando il dato formale dell'asserito primato del diritto religioso si può notare come esso sembri strumentale a scelte politiche che, frequentemente, non trovano la loro giustificazione in precetti di natura religiosa, ma nella volontà di organi autoritari. L'Islam come strumento politico.

Il caso Rudshie, condannato da Khomeini per avere scritto il libro "Versetti satanici", dimostra la mancanza di istituzioni indipendenti, capaci di gestire i conflitti tra gli atti politici della *leadership* e il diritto sia secolare che religioso. Il 14.2.1989 Khomeini ha emesso un editto di morte contro Rushdie, cittadino britannico, reo di avere scritto un libro considerato blasfemo. La *fatwa* emessa era una sentenza di morte, sebbene Khomeini non conoscesse l'inglese, lingua in cui era scritto il libro, e questo non fosse stato tradotto in persiano o in arabo al tempo della sentenza. In particolare si evidenzia come Rusdie fosse un musulmano sunnita, mentre Khomeini era sciita: con la condanna emessa si stava, pertanto, usurpando la giurisdizione dell'autorità sunnita. Inoltre, si sottolinea come l'extraterritorialità della sentenza di morte non faccia parte della tradizione islamica, che prevede che il diritto penale previsto nella *Shari'a* sia applicato solo dentro il mondo musulmano. L'azione di Khomeini era in contrasto quindi con le norme religiose, ma anche con quelle secolari: con l'art. 23 Cost. ir. che prevede che nessuna persona possa essere attaccata per il suo credo e con l'art. 36 Cost. ir. che garantisce che le sentenze debbano essere pronunciate da una corte competente nel rispetto della legge¹⁷.

In Israele, la Corte suprema cerca di contemperare le diverse esigenze che la società esprime, non sempre conformi ai precetti di natura religiosa, ed è in continuo dialogo con il Parlamento, che, se spesso ha superato con nuove leggi le decisioni della Corte suprema, sa che deve fare i conti con il *judicial review* svolto dalla Corte. In Iran manca un tribunale costituzionale che possa svolgere il ruolo di regolare i conflitti tra gli atti della *leadership* politica – peraltro di natura non

fondato su un costituzionalismo religioso inteso come accettazione di valori islamici cfr. L. CATA'BACKER, *God(s)* cit., 43.

¹⁷ Cfr. A.E. MAYER, *Islam*, cit., pp. 1051 ss. Sul caso Rushdie vd. anche J.F. Cohen, *Islamic Law* cit., pp. 254 ss.

democratica visto che è la Guida suprema a determinarla – e il diritto sia religioso sia secolare. L'organo che sembra, almeno in origine, avere svolto un maggior ruolo di garanzia è il Consiglio per la risoluzione delle controversie, sebbene le sue funzioni siano state ridimensionate nel corso degli anni finendo per svolgere il suo compito.

L'aver introdotto i principi religiosi nelle leggi statali ha avuto l'effetto di trasferire al governo il potere di dichiarare la legge della *Shari'a*, utilizzando l'islamizzazione delle fonti e delle istituzioni statali a proprio vantaggio, attraverso un uso ideologico dell'Islam. I criteri islamici sono diventati pertanto subordinati a quelli politici. Nella religione islamica esistono, infatti, diverse teorie e versioni che possono differenziarsi molto dalla versione classica della *Shari'a*. Incorporare il diritto religioso nello Stato ha permesso che fosse il governo a creare una propria versione di diritto religioso, facendo venire meno il carattere non territoriale e sovranazionale della *Shari'a*¹⁸.

Il sistema di governo realizzato attraverso la figura del *velayat-e Faqih* elaborato da Khomeini e rappresentato dalla Guida suprema, massima carica dello Stato di natura religiosa, sembra aver portato all'evoluzione della teocrazia costituzionale in teocrazia ierocratica. Si sottolinea come Khomeini abbia attuato “una sorta di cristianizzazione delle istituzioni islamiche dell'Iran, assumendo egli stesso il ruolo di papa infallibile e dando vita ad un equivalente della gerarchia di arcivescovi, vescovi e preti”¹⁹.

Pertanto l'islamizzazione compiuta nel sistema iraniano ha contribuito alla creazione di uno Stato carismatico in cui, mentre prima il diritto religioso regolava gli aspetti della vita privata dei credenti, oggi l'Islam, come sistema di diritto, ha portato ad informare tutta la vita privata e pubblica sia dei credenti sia di chi non lo è²⁰.

Lo Stato della Città del Vaticano è uno Stato sovrano, nonostante il particolare legame con la Santa Sede. È indubbio, infatti, che i due soggetti siano distinti, sebbene il primo sia funzionale alle esigenze del secondo. È importante ribadire questo punto perché è nell'esercizio delle sue funzioni sovrane che l'ordinamento vaticano ha provveduto

¹⁸ Cfr. A.E. MAYER, *Islam cit.*, 1040; ID., *Law cit.*, 153.

¹⁹ Cfr. BERNARD LEWIS in F. ZAKARIA, *Democrazia senza libertà. In America e nel resto del mondo*, Rizzoli, Milano, 2003, 189.

²⁰ Cfr. M. MUHAMMADI, *Judicial, Reform and Reorganization in 20th Century Iran. State – Building, Modernization and Islamicization*, Routledge, New York, 2008.

negli ultimi anni ad una riforma che ha riguardato anche le fonti normative.

L'esplicito richiamo alla legge fondamentale del 2000 tra le fonti principali, distinta dalla generale categoria delle leggi, evidenzia un riconoscimento a tale fonte, indipendentemente dal fatto che si voglia definirla come Costituzione, poiché al di là della forma – che comunque si differenzia rispetto alle altre legge ordinarie per essere emanata *motu proprio* dal Pontefice e per la mancanza di numero progressivo – non si dubita sul fatto che tale atto normativo contenga norme sostanzialmente costituzionali. La previsione sembra confermare la potestà sovrana di un ordinamento che, proprio perché è tale, si dà le norme regolanti i propri organi e istituzioni. La legge fondamentale non trova fondamento nel diritto canonico, è frutto di una volontà sovrana dello Stato.

Conferma la distinzione dei due ordinamenti a livello normativo anche il riferimento, nella legge sulle fonti, ai principi dell'ordinamento vaticano piuttosto che ai principi dell'ordinamento canonico, così come previsto nel passato.

Per cogliere la rilevanza del diritto religioso all'interno del sistema delle fonti dell'ordinamento vaticano bisogna differenziare il diritto divino, immediatamente vigente all'interno dello Stato e limite insuperabile per il legislatore, e il diritto canonico, il cui sistema delle fonti è interamente riconosciuto come fonte primaria dell'ordinamento statale. Il riconoscimento evidenzia l'alterità del sistema normativo canonico rispetto a quello vaticano, che, nell'esercizio della sua sovranità, individua le fonti del proprio ordinamento. La differenza di materie disciplinate dal diritto religioso e da quello statale esclude, poi, la possibilità di contrasto tra le due normative, religiose e secolari. Contrasto che si presume possibile solo in via teorica, essendo il sovrano dello Stato anche il capo del governo della Chiesa.

Si è evidenziato come parte della dottrina reputi tale riconoscimento una necessità insita nella stessa natura dell'ordinamento vaticano, che senza il diritto canonico non potrebbe svolgere adeguatamente il compito per cui è stato costituito: servire alle esigenze della Santa Sede. Per questo sembra importante rimarcare che dal Trattato lateranense siano emerse due soggettività diverse: la Santa Sede e lo Stato della Città del Vaticano, che richiamando tra le fonti dell'ordinamento il diritto canonico ne permette l'applicabilità anche in sede civile.

La produzione legislativa nello Stato della Città del Vaticano non è

frutto di un organo rappresentativo dei cittadini, ma di un organo nominato dal Pontefice. La mancanza di separazione dei poteri, sebbene con la nuova legge si sia cercato, pur mantenendo l'unicità della titolarità, di distinguere gli organi deputati al loro esercizio, elimina il problema di eventuali contrasti, essendo unica la voce e l'interesse perseguito. Manca nella Città del Vaticano quel pluralismo che è alla base di un sistema democratico e che si riflette, nel sistema delle fonti normative, nella mancanza di fonti politiche.

Il dualismo tra fonti religiose e secolari è reso anche necessario per il fatto che disciplinano materie diverse, occupandosi il diritto canonico principalmente di questioni afferenti alla sfera spirituale. Quando peraltro il diritto canonico prevede una puntuale disciplina di una materia non strettamente religiosa, si pensi al matrimonio, l'ordinamento vaticano usa riservarle espressamente la disciplina.

La separazione dei due ordinamenti è quindi una costruzione voluta per meglio servire alle esigenze della Santa Sede. Questa separazione tra Chiesa e comunità politica, dovuta al processo di secolarizzazione che storicamente ha differenziato il diritto canonico dalla *Shari'a* e dal diritto ebraico, si riflette pertanto anche nella dualità tra ordinamento canonico e vaticano.

In tutti e tre gli ordinamenti considerati il diritto religioso assume una precipua funzione come fonte formale, assumendo però nei diversi contesti delle caratteristiche peculiari.

In particolare, il diritto religioso ebraico è incorporato all'interno del sistema normativo israeliano da una legge approvata dal Parlamento; in Iran il diritto religioso rileva all'interno dell'ordinamento attraverso il testo costituzionale; nello Stato della Città del Vaticano è la legge sulle fonti del diritto, emana *motu proprio* da Pontefice, che riconosce nell'ordinamento canonico la prima fonte normativa dell'ordinamento vaticano.

Come si è avuto modo di approfondire Israele non è uno stato teocratico, ma confessionale; parte della dottrina lo definisce come uno Stato multiconfessionale anche se la tutela della libertà religiosa all'interno del paese non è scevra da problematiche sia nei rapporti tra chi professa la religione ebraica e le altre minoranze religiose, sia tra le diverse correnti esistenti all'interno della stessa religione ebraica. L'ordinamento israeliano non trae il proprio fondamento dall'ordinamento religioso, i due ordinamenti sono distinti: la scelta di attribuire la disciplina di alcune materie al diritto ebraico è contenuta in un atto

normativo secolare, approvato da un Parlamento democraticamente eletto. Anche le corti religiose derivano il loro potere dalle leggi approvate dal Parlamento e non dal sistema normativo religioso. Il diritto religioso e le corti religiose, pertanto, sono subordinate all'autorità secolare: il primo deve comunque rispettare quanto contenuto nelle leggi fondamentali, il secondo è vincolato all'ambito di giurisdizione riconosciute. Il dialogo tra i due sistemi giudiziari non è sempre fluido: spesso le corti religiose non hanno seguito gli orientamenti della Corte suprema.

Ma la maggiore influenza che il fattore religioso esercita nell'ordinamento israeliano deriva dall'essere la religione ebraica elemento identificante la società israeliana, almeno la sua maggioranza, che rappresentata in seno al Parlamento influisce nelle scelte politiche e nei contenuti normativi.

L'Iran è, invece, uno stato teocratico. Se al momento della costituzione della Repubblica islamica, tenuto conto delle disposizioni costituzionali, si poteva definire come una teocrazia costituzionale, l'evoluzione dell'ordinamento, l'ideologizzazione della religione e la conseguente organizzazione istituzionale conducono ad una diversa definizione. L'autorità statale sembra trovare il suo fondamento nell'ordinamento religioso, cui tutto deve conformarsi sia in campo giuridico e pubblico sia per ciò che attiene la vita privata dei cittadini.

In realtà, spesso il riferimento al diritto religioso ha perso la sua connotazione propria per piegarsi a scelte politiche, allontanandosi dal significato religioso originario. L'islamizzazione dello Stato e la mancanza di separazione con la religione sembra avere piegato i dettami religiosi ad interessi contingenti e strumentali alle scelte politiche, tanto da far venire il dubbio se possa definirsi solo come stato teocratico o se debba essere classificato come Stato totalitario che persegue una ideologia di Stato che trova la sua origine nella religione, strumentalizzandola alle proprie esigenze. Significativo sembra quanto statuito dallo stesso Khomeini nel 1988 quando dispose che le scelte prese dal governo iraniano erano da considerarsi per definizione "islamiche". Si può dire ancora che sia lo Stato che trova fondamento nel diritto religioso o è lo Stato che usa questo per i suoi scopi?

Dalla ideologizzazione della religione, pertanto, pare emergere il primato della politica sulla religione che sembra essere diventata strumentale al perseguimento degli scopi governativi. Il fondamento dell'ordinamento secolare nel diritto religioso, definito come fonte su-

prema superiore alla stessa Costituzione, è messo in discussione dalla strumentalizzazione del diritto religioso.

Lo Stato della Città del Vaticano si pone come ordinamento distinto rispetto a quello canonico, nonostante la peculiare relazione funzionale con la Santa Sede, organo di governo della Chiesa. La secolarizzazione che ha contraddistinto i rapporti tra la Chiesa e lo Stato, il minor ambito di applicazione del diritto canonico rispetto a quello ebraico e islamico hanno contribuito a determinare una separazione tra l'ordine religioso e quello secolare.

Le recenti evoluzioni dello Stato della Città del Vaticano evidenziano la volontà di mantenere ferma la distinzione tra i due ordinamenti, nonostante la forte connessione normativa, strutturale e funzionale²¹. Tale separazione sembra anche essa voluta per una maggiore garanzia nei confronti della Santa Sede, libera di potersi occupare maggiormente dei profili spirituali. Si tende infatti ad affidare alla normativa vaticana tutta una serie di materie prive di interesse per l'ordinamento canonico.

Per quanto attiene al sistema delle fonti i tre ordinamenti presentano delle differenze significative. In Israele manca una Costituzione unitaria, intesa come unico documento scritto che racchiude le norme costituzionali dell'ordinamento e tra i diversi motivi per cui non venne redatta al momento della costituzione dello Stato, abbiamo visto essere stata importante la volontà espressa dai partiti che non volevano sottomettere la normativa religiosa al controllo da parte delle corti secolari. Ciononostante, l'evoluzione giurisprudenziale della Corte suprema ha portato al riconoscimento di norme gerarchicamente superiori rispetto alle leggi ordinarie, le leggi fondamentali, e di conseguenza ha determinato la possibilità di svolgere il controllo di costituzionalità.

In Iran c'è invece una Costituzione formale, ma la Costituzione materiale è difforme da essa. La stessa Costituzione non è considerata all'apice del sistema delle fonti, poiché subordinata alle norme religiose. Il controllo di conformità delle leggi e della Costituzione non è affidato ad un'autorità giudiziaria terza e imparziale, ma ad un organo di matrice religiosa, il Consiglio dei guardiani, dipendente dalla Guida suprema, massima autorità religiosa e politica dell'ordinamento. Sembra più avere svolto, almeno in origine, una funzione di garanzia il Consiglio per la risoluzione delle controversie.

²¹ Cfr. G. DALLA TORRE, *Vaticano* cit., 5.

Nella Città del Vaticano la peculiare caratteristica del suo popolo, privo di diritti politici, esclude sia l'esercizio di un potere costituente da cui far scaturire una Costituzione, sia l'esercizio della sovranità popolare. L'ordinamento vaticano non ha una Costituzione formale, anche se si riconoscono norme materialmente costituzionali ed è del tutto assente un giudizio di conformità delle leggi a norme gerarchicamente superiori. La recente riforma dell'ordinamento vaticano, che ha preso l'avvio con la legge fondamentale del 2000, ha distinto tale legge dagli altri atti normativi sia per alcuni profili formali sia per il riferimento ad essa nella legge sulle fonti. Il suo contenuto non attiene ai principi e valori propri dell'ordinamento, per i quali bisogna cercare in altre fonti. Come è sottolineato in dottrina la Costituzione materiale va ricercata "tra gli elementi della stessa Costituzione della Chiesa"²².

La mancanza di una comunità politica rappresentata in seno ad un Parlamento, organo titolare della funzione legislativa, è indicativa di una mancanza di pluralismo e, conseguentemente, di conflitti all'interno dell'ordinamento. Il diritto divino ha un ruolo inderogabile nell'ordinamento vaticano, oltre ad essere richiamato come limite all'applicabilità di ogni altra fonte di tipo suppletivo. Ciononostante non vi è una immedesimazione tra l'ordinamento vaticano e quello canonico: i due ordinamenti mantengono una loro distinta identità, seppure il primo sia strumentale alle esigenze del secondo.

Si nota nello Stato della Città del Vaticano l'influenza del pensiero giuridico occidentale: nonostante la forma di stato di monarchia assoluta si è tentato di dare una costruzione teorica e istituzionale all'ordinamento quanto più corrispondente a tale pensiero. La dottrina si è spinta a definire tale Stato assoluto come Stato di diritto²³ sulla base della circostanza che il Sovrano può per sua volontà determinare una separazione dei poteri. La tendenza, soprattutto in seguito alla recente riforma, è stata in effetti di separare l'esercizio dei poteri, nonostante si sia mantenuta l'unicità della titolarità.

Il Pontefice, nella qualità di Sovrano di tale ordinamento, ha il potere di individuare quali norme del diritto canonico siano anche fonti dell'ordinamento vaticano: la nuova legge sulle fonti ha ampliato il riconoscimento all'intero sistema normativo canonico, rispetto a quanto

²² Cfr. G. DALLA TORRE, *Ordinamento* cit., 517.

²³ Cfr. F. CAMMEO, *Ordinamento* cit., 79, secondo cui anche uno Stato assoluto può essere Stato di diritto, poiché la separazione può essere determinata per volontà del Sovrano.

previsto nella legge precedente. Mutate esigenze potranno giustificare un'ulteriore modifica, eventualmente restringendo il riconoscimento come nel passato. Vi è da aggiungere che le ipotesi di conflitto tra le norme dei due ordinamenti sono molto limitate anche dalla diversa competenza per materia dell'ordinamento religioso e di quello secolare, differentemente dall'ordinamento ebraico e da quello islamico che disciplinano molte delle materie usualmente regolamentate da norme civili.

Negli altri due ordinamenti presi in considerazione l'esercizio della sovranità popolare si esplica principalmente nell'elezione dei rappresentanti in seno al Parlamento, principale titolare della funzione legislativa. In Israele la *Knesset* è un Parlamento democraticamente eletto, in un sistema di democrazia protetta. All'interno di tale organo confluiscono anche i partiti religiosi che, in tal modo, partecipano nell'elaborazione del contenuto delle leggi. In Iran il riconoscimento della sovranità popolare è affiancata alla sovranità divina a cui tutto deve conformarsi: la Repubblica islamica si fonda, tra l'altro, sulla rivelazione divina e sul suo ruolo fondamentale nel creare le leggi. Il sistema non garantisce il libero gioco della democrazia e del pluralismo che ne è condizione indispensabile. I limiti alla partecipazione elettorale e all'esercizio delle fondamentali libertà di espressione, di associazione, di riunione vanno ben oltre la possibilità di classificare l'ordinamento come democrazia protetta. Mentre in Israele il carattere democratico va temperato con il carattere ebraico che lo contraddistingue, determinando una continua tensione tra gli organi costituzionali del Paese, in Iran il pluralismo viene contenuto e imbrigliato attraverso i limiti di conformità al diritto religioso, che lascia ben poco spazio alla diversità, nonostante siano previsti seggi parlamentari a garanzia di specifiche minoranze.

Nello Stato della Città del Vaticano non ci sono conflitti derivanti dal pluralismo sociale. Gli unici attengono alla materia del diritto del lavoro, strettamente collegato al fatto che i cittadini di questo Stato sono coloro che prestano un servizio nei suoi confronti.

Dal che si osserva come l'esistenza di una dimensione politica, determinando una tensione nel gioco del pluralismo degli interessi, riesca a circoscrivere l'ambito del diritto religioso, permettendo ai giudici di temperare esigenze contrapposte. Laddove, invece, è assente una comunità politica o non le viene garantita la possibilità di partecipare al dibattito politico, si determina una prevalenza del fattore religioso.

In tutti e tre gli ordinamenti il diritto religioso gioca un ruolo importante nell'interpretazione delle leggi e nelle problematiche inerenti alle lacune normative.

In Israele i principi della tradizione possono essere richiamati in sede giudiziaria per fini interpretativi, ma questo viene considerato una facoltà e non un obbligo. È acceso il dibattito in dottrina in ordine alla natura e alla funzione dei principi della tradizione d'Israele richiamati nella *Foundations Law Act*, 1980. Il dubbio concerne se tali principi coincidono con i precetti del diritto religioso ebraico e se si debba fare loro riferimento in caso di incertezza interpretativa o in caso di lacune normative. I giudici concordano però che non ci sia un legame necessario tra il termine giuridico preso in prestito dal diritto ebraico e il suo significato nel diritto israeliano, anche se a volte si fa riferimento al diritto ebraico quando si devono scegliere diverse interpretazioni di un principio giuridico, in cui entrano in gioco questioni di moralità o di giustizia.

Nell'ordinamento vaticano il diritto canonico è riconosciuto come primo criterio di riferimento interpretativo. Ciò comporta che i criteri ermeneutici del diritto canonico dovranno essere utilizzati per interpretare tutte le fonti del sistema normativo vaticano, e non solo quelle religiose, svolgendo così un importante ruolo nella determinazione dell'uniformità tra le fonti.

In questo ordinamento il diritto divino, insieme con il diritto naturale, rileva come norma di chiusura dell'ordinamento in caso di lacune normative: in sede civile infatti il giudice deve trovare la norma da applicare nel caso concreto desumendolo da tali fonti, sulla base del presupposto della completezza del diritto divino.

La riforma della legge sulle fonti ha peraltro ridimensionato nell'ordinamento vaticano il ruolo del giudice in sede civile, in caso di lacune normative. La precedente legge attribuiva, infatti, al giudice, in caso di lacune, il ruolo di legislatore, tenuti presenti i precetti di diritto divino, di diritto naturale e i principi di diritto canonico²⁴. La nuova

²⁴ Art.22, legge sulle fonti del diritto n. II, 1929: "Quando una controversia civile non si possa decidere con una precisa norma giuridica contenuta nelle fonti indicate nei precedenti articoli, anche perché la legislazione del Regno d'Italia richiamata in via suppletiva risulti per qualsiasi motivo inapplicabile, il giudice tenuti presenti i precetti del diritto divino e del diritto naturale, nonché i principi del diritto canonico, decide applicando quel criterio che seguirebbe se fosse legislatore".

legge sulle fonti ha modificato la portata della disposizione, eliminando il riferimento al ruolo di legislatore.

In Iran l'interpretazione delle norme della Costituzione è espressamente affidata al Consiglio dei Guardiani, che attraverso l'attività esegetica delle disposizioni costituzionali crea nuove norme giuridiche. Ai giudici è comunque riservato il compito di trovare sempre la norma da applicare, non potendo contemplare il diritto divino delle lacune. Il corpo delle norme che i giudici elaborano sono considerate come espressione della legge divina, per sua natura completo. Secondo questa prospettiva i giudici sono gli scopritori della legge.

In tutti e tre gli ordinamenti, pertanto, l'interpretazione conforme ai precetti religiosi assume una funzione importante: nell'ordinamento israeliano si configura, però, solo come una facoltà per i giudici, e non un obbligo; nello Stato della Città del Vaticano si riconosce espressamente nel diritto religioso il primo criterio interpretativo, sancendo un dovere in tal senso nei confronti degli operatori del diritto; in Iran l'interpretazione conforme al diritto religioso è un obbligo, esteso nei confronti di tutti i pubblici poteri.

Conclusivamente dalla rilevanza giuridica dei precetti religiosi all'interno degli ordinamenti statali non deriva sempre che lo Stato trovi la sua legittimazione nella religione. In Israele, infatti, non si può asserire che lo Stato tragga la propria legittimazione dal sistema religioso. L'incorporazione della *Halachà* nella legge del Parlamento determina che la norma di diritto ebraico diventi norma dello Stato. Anche la riconosciuta giurisdizione delle corti religiose resta soggetta al giudizio della Corte suprema in ordine al rispetto dei principi costituzionali contenuti nelle leggi fondamentali o dei principi di diritto amministrativo, sebbene le istituzioni religiose tentino di affermare il fondamento della loro autorità nel sistema religioso e non in quello israeliano.

Nell'ordinamento iraniano la *Shari'a* è posta all'apice del sistema normativo, con la conseguente previsione di un sistema di controllo sulla conformità delle norme, sia legislative sia costituzionali, ai precetti religiosi. L'ordinamento fonda, almeno formalmente, la sua validità sulla religione e prevede siano organi prevalentemente di matrice religiosa a svolgere la funzione di controllo di legittimità ai precetti religiosi e di guida nella determinazione delle scelte inerenti alla politica dello Stato. Dall'esame svolto risulta una certa ambiguità tra il governo della religione e quello della politica.

L'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano non trae la sua legittimità da quello religioso. La distinzione all'interno del diritto canonico tra le norme di diritto divino, assolutamente inderogabili anche da parte del Pontefice, dalle altre norme canoniche permette di considerare queste ultime non come un limite giuridico all'esercizio del potere legislativo del Sommo Pontefice.

In tutti e tre gli ordinamenti la religione costituisce però un elemento caratterizzante l'identità degli Stati, tanto che nessuno dei tre può definirsi neutrale nei confronti della sfera religiosa, seppure con delle significative differenze. In Israele la protezione dell'identità ebraica costituisce un elemento fondamentale, che si cerca di proteggere con una politica non sempre rappresentativa degli interessi dell'intera popolazione; in Iran ci si è serviti dell'Islam come di uno strumento politico per giustificare scelte di governo; la Città del Vaticano è strumentale alle esigenze della Santa Sede, per il cui servizio è stata costituita, nonostante se ne evidenzia un'autonoma identità senza tuttavia poterne disconoscere la peculiarità del legame con l'istituzione religiosa che non conosce uguali nell'esperienza storica.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Congrès international de Droit comparé, Proces-verbaux des séances et documents*, vol. I, Lgdj, Paris, 1905-1907.
- AA.VV., *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans*, vol. I, Lgdj, Paris, 1922.
- ABDOLMOHAMMADI P., *Il repubblicanesimo islamico dell'Ayatollah Khomeini*, in *Oriente Moderno*, 2009, 1, pp. 87 ss..
- ABGHARI A., *Introduction to the Iranian Legal System and the Protection of Human Rights in Iran*, Biddles LTD., Sheffield, 2008.
- AFSHARI B.R., *Human Rights in Iran. The Abuse of Cultural Relativism*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2001.
- AL-NABHAN M.F., *The Islamic View of the Legislative Role of the State*, in *1 Arab Law Quaterly*, 1985-1986, pp. 557ss..
- ALSTON P., *Promoting Human Rights Through Bills of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- ALUFFI BECK PECCOZ R., FERRARI A., RABELLO A.M., *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico, islamico: un commento alle fonti*, Giappichelli, Torino, 2006.
- ALWAN H., *Rapporto tra il Codice dei Canonici per le Chiese Orientali e il Codice di Diritto canonico per la Chiesa latina*, in *Iura Orientalia*, 2005, I, pp. 103 ss..
- AMARA M., MARI'I A., *Language Education Policy: The Arab Minority in Israel*, Kluwer, The Hague, 2002.
- AMARA M., *Politics and Sociolinguistic Reflexes. Palestinian Border Villages. Studies in Bilingualism*, Ed. S. Benjamins Publishing Co., Amsterdam, 1999.
- AMJAD M., *Shi'ism and Revolution in Iran*, in *31 Journal of Church and State*, 1989, pp. 35 ss.
- AN-NA'IM A., *The Foundations of Law: Globalization and Jurisprudence: an Islamic Law Perspective*, in *54 Emory Law Journal*, 2005, pp. 25 ss.
- AN-NA'IM A., *Islamic Family Law in a Changing Worlds: a Global Resource Book*, ZedBooks Ltd., London, 2002.
- AN-NAIM A., *A New Islamic Politics. Faith and Human Rights in the Middle East*, in *75 Foreign Affairs*, 1996, pp. 122ss..
- AN-NAIM A., *Toward an Islamic Reformation. Civil Liberties, Human Rights and International Law*, Syracuse University Press, new York, 1990.
- ANSELMO A., *Costituzione e democrazia: l'esperienza israeliana*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, II, pp. 419 ss..

- ARMINJON P., NOLDE B., WOLFF M., *Traité de droit comparé*, vol. I, Lgdj, Paris, 1950 -1952.
- ARRIETA J.I., *La nuova legge vaticana sulle fonti del diritto*, in *Ius Ecclesiae*, 2009, 21, pp. 232 ss..
- ARJOMAND S.A., *The Political Dimensions of Religion*, University of New York Press, Albany, 1993.
- ARJOMAND S.A., *Constitutional Developments in Afghanistan: a Comparative and Historical Perspective*, in *53 Drake Law Review*, 2004-2005, pp. 943 ss..
- ARJOMAND S.A., *Authority in Shiism and Constitutional Developments in the Islamic Republic of Iran*, in BRUNNER R., ENDE W. (a cura di), *The Twelver Shia in Modern Times: Religious Culture and Political History*, Brill, Leiden, 2001, pp. 301 ss.
- ARJOMAND S.A., *Shi'ite Jurisprudence and Constitution Making in Iran*, in MARTY M.E., APPLEBY R.S. (a cura di), *Fundamentalist and the State: Remaking Politics, Economies and Militance*, University of Chicago Press, Chicago, 1993, pp. 92 ss..
- ARJOMAND S.A., *Constitutional Implications of Current Political Debates in Iran*, in GHEISSARI A. (a cura di), *Contemporary Iran: Economy, Society, Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 247 ss..
- ARTZ D.E., *Religious Human Rights in Muslim States of the Middle East and North Africa*, in *10 Emory International Law Review*, 1996, pp. 139 ss..
- ASAD M., *The Principles of State and Government in Islam*, University of California Press, Berkeley, 1961.
- BAKHASH S., *The Reign of the Ayatollahs: Iran and the Islamic Revolution*, Basic Book, New York, 1984.
- BALDIN S., *La rilevanza del diritto ebraico nello Stato di Israele*, in BALDIN S. (a cura di), *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, E.U.T., Trieste, 2005, pp. 91 ss..
- BALDIN S., *La rigidità costituzionale come work-in progress nell'ordinamento israeliano*, in Palermo F. (a cura di), *La manutenzione costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 261 ss..
- BALDIN S., *I valori ebraici nella normativa e nella giurisprudenza israeliana*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, 1, pp. 301 ss..
- BARAK A., *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2006.
- BARAK A., *La révolution constitutionnelle: la protection des droits fondamentaux*, in *Pouvoirs*, 72, 1995, pp. 17ss.
- BARAK A., *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- BARBERINO G., *Chiesa e Santa Sede nell'ordinamento internazionale*, Giappichelli, Torino, 1996.

BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, Giuffrè, Milano, 1998.

BONNET P.A., *Le fonti normative e la funzione legislativa*, in Cammeo F., *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Ristampa anastatica dell'edizione del 1932, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, pp. 519 ss..

BONNET P.A., *Le fonti normative e la funzione legislativa nello Stato della Città del Vaticano*, in *Archivio Giuridico*, 4, 2009, pp. 457 ss..

BRASWELL G.W., *Civil Religion in Contemporary Iran*, in *21 Journal of Church and State*, 1979, pp. 223 ss..

BROWN N.J., *Islamic Constitutionalism in Theory and in Practice*, in COTRAN E., SHERIF A.O., *Democracy, the Rule of Law and Islam*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 491 ss..

BROWN N.J., *Constitutions in a Nonconstitutional World. Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government*, State of University of New York Press, Albany, 2002.

BRUMBERG D., *Reinventig Khomeini: the Struggle for Reform in Iran*, University of Chicago Press, Chicago, 2001.

CAIELLI M., *La protezione costituzionale delle libertà fondamentali in Israele*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, 2, pp. 493 ss..

CAMMEO F., *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Ristampa anastatica dell'edizione del 1932, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005.

CARDIA C., *La nuova legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano. Il rapporto tra potestà legislativa e potestà esecutiva*, in *Ius Ecclesiae*, 2001, 13, pp. 311 ss..

CARDIA C., *Vaticano e Santa Sede dal Trattato lateranense a Giovanni Paolo II*, in *Introduzione a P.A. D'Avack*, Vaticano e Santa Sede, il Mulino, Bologna, 1994, pp. 7 ss..

CARMIGLIANI CARIDI S., *Ufficio del lavoro della Sede apostolica (ULSA)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, XXXII, 1994.

CASTRO F., *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, XI, 2001.

CASTRO F., *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007.

CATA'BACKER L., *God(s) Over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century*, in *Mississippi College Law Review*, 2007-2008, pp. 11 ss..

CATA'BACKER L., *Theocratic Constitutionalism: an Introduction to a New Global Legal Order*, in *16 Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, pp. 85 ss..

CHESLER P., HAUT R. (a cura di), *Women of the Wall: Claiming Sacred Ground at Judaism's Holy Site*, Jewish Lights Pub, Woodstock, 2002.

- CIPRIOTTI P., *Tribunali dello Stato della Città del Vaticano*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, XLV, 1992, 80 ss..
- CLEMENTI F., *Città del Vaticano*, il Mulino, Bologna, 2009.
- COHN H.H., *Religious Freedom and Religious Coercion in the State of Israel*, in KELLERMANN A.E., SIEHR K., EINHORN T. (a cura di), *Israel Among the Nations*, Kluwer International Law, The Hague, 1998, pp. 79 ss..
- COHEN J.F., *Islamic Law In Iran: Can It Protect the International Legal Right of Freedom of Religion and Belief?*, in *9 Chicago Journal of International Law*, 2008-2009, pp. 247ss..
- COLOMBO S., *Israele*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, sez. civile, X, Utet, Torino, 1993, pp. 201 ss..
- CORBELLINI G., *La legge fondamentale e la struttura del Governatorato*, in *Ius Ecclesiae*, 13, 2001, pp. 369 ss..
- CONSTANTINESCO L.J., *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996.
- DAGRADI P., FARINELLI F., *Geografia del mondo arabo e islamico*, Utet, Torino, 1997,
- DALLA TORRE G., *L'ordinamento costituzionale vaticano nel suo sviluppo storico*, in Appendice di CAMMEO F., *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Ristampa anastatica dell'edizione del 1932, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, pp. 483 ss..
- DALLA TORRE G., *Dio e Cesare. Paradigmi cristiani nella modernità*, Città Nuova, Roma, 2008.
- DALLA TORRE G., *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, A.V.E., Roma, 1996.
- DALLA TORRE G., voce *Vaticano (Stato della città del)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, XXXII, 1994.
- DALLA TORRE G., *L'attività giudiziale nello Stato della Città del Vaticano e la legge fondamentale*, in *Ius Ecclesiae*, 2001, 13, pp. 347 ss..
- DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 2004.
- D'AVACK P.A., *Vaticano e Santa Sede*, il Mulino, Bologna, 1994.
- DE GRAZIA L., *Il sistema delle fonti normative nell'ordinamento israeliano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, 1, pp. 411 ss..
- DE GRAZIA L., *Iran*, in R. DICKMANN, A. RINELLA (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Carocci, Roma, 2011, pp. 437 ss..
- DE GRAZIA L., *Israele*, in R. DICKMANN, A. RINELLA (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Carocci, Roma, 2011, pp. 419 ss..
- DE GRAZIA L., *Il sistema costituzionale e il fattore religioso in Israele*, in *federalismi.it*, 2013, 11, pp. 1-37.

DE MARINIS N., *Ufficio del lavoro della Sede apostolica*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, XLV, 1992, pp. 713 ss. .

DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, II, Cedam, Padova, 2004.

DONAHUE C., *Comment on R.H. Helmbolz, Conflicts Between Religious and Secular Law*, in *12 Cardozo Law Review*, 1990-1991, pp. 729 ss..

DOGLIANI M., *Costituente (potere)* in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, IV, Utet, Torino, 1989.

DORFF E., *Judaism as a Religious Legal System*, in *29 Hastings Law Journal*, 1977-1978, pp. 1331 ss..

EBADY S., *Islam, Human Rights and Iran*, in *23 Emory International Law Review*, 2009, pp. 13 ss..

EDREY Y.M., *The Israeli Constitutional Revolution Evolution, Models of Constitutions and a Lesson from Mistakes and Achievements*, in *53 American Journal of Comparative Law*, 2005, pp. 77ss.

ELON M., *The Values of a Jewish and Democratic State: the Task of Reaching a Synthesis*, in KELLERMAN A.E., SIEHR K., EINHORN T. (a cura di), *Israel Among the Nations*, Kluwer International Law, The Hague, 1998, pp. 177ss.

ENGLARD I., *Law and Religion in Israel*, in *35 American Journal of Comparative Law*, 1987, pp. 185 ss..

ESMEIN A., *Le droit comparé et l'enseignement du Droit*, in AA.VV., *Congrès international de Droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents*, vol. I, Lgdj, Paris, 1905-1907.

FARAZMAND A., *Religion and Politics in Contemporary Iran: Shi'a Radicalism, Revolution and National Character*, in *3 International Journal on Group Rights*, 1995-1996 243 ss..

FERDOWS A.K., *The Status and Rights of Women in Ithna 'Ashari Shi'i Islam*, in FATHI A. (a cura di), *Women and the Family in Iran*, Brill, Leiden, 1985.

FERRARI S., *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, il Mulino, Bologna, 2002.

FUMAGALLI CARULLI O., "A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio". *Laicità dello Stato e libertà delle Chiese*, Vita e pensiero, Milano, 2007.

GENUT B.E., *Competing Visions of the Jewish State: Promoting and Protecting Freedom of Religion in Israel*, in *19 Fordham International Law Journal*, 1995, pp. 2120 ss.

GOLDESTEIN S., *Israel: a Secular or a Religious State?*, in *36 St. Louis University Law Journal*, 1991-1992 pp. 143 ss..

GOLDESTEIN S. *The Teaching of Religion in Government Funded Schools In Israel*, in *26 Israel Law. Review*, 1992, pp. 36 ss..

GOLDSTEIN S, RABELLO A.M., *L'ordinamento giudiziario*, in GROPPI T., OTTOLENGHI E., RABELLO A.M. (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 227 ss..

GOODMAN J., *Divine Judgment: Judicial Review of Religious Legal Systems in India and Israel*, in *32 Hastings International and Comparative Law Review*, 2009, pp. 379 ss..

GORDJI A., *La nature politique du Conseil constitutionnel français e du Conseil gardien iranien*, in *Revue iranienne de droit constitutionnel*, 2005, 3, pp. 7 ss..

GORJI A., *Le pouvoir interprétatif du juge constitutionnel iranien*, in www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/GORJI.pdf.

GROPPI T., OTTOLENGHI E., RABELLO A.M. (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006.

GROPPI T., *La Corte suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 5, pp. 3543 ss..

GROPPI T., *La giustizia costituzionale*, in GROPPI T., OTTOLENGHI E., RABELLO A.M. (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 251 ss..

GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993.

HÄBERLE P., *Potere costituente (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. Treccani, Roma, XXII, 2000.

HÄBERLE P., *Lo Stato costituzionale europeo*, in AA.VV., *Sovranità Rappresentanza Democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Atti del convegno svoltosi nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II e nell'Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, Napoli 25-26 giugno 1999, Jovene Editore, Napoli, 2000, pp. 54 ss..

HACKER D., *Religious Tribunals in Democratic States: Lesson from the Israeli Rabbinical Courts*, in *27 Journal of Law and Religion*, 2011-2012, pp. 59 ss..

HADI HAIRI A., *Shi'ism and Constitutionalism in Iran*, Brill, Leiden, 1977.

HAMIDIAN H., *Jurisdiction of Family Courts in Iran*, in BASEDOW J., YASSARI N. (a cura di), *Iranian Family and Succession Law and Their Application in German Courts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 81 ss..

HAZAN R.Y., *Reforming Parliamentary Committee. Israel in Comparative Perspective*, Thomson - Shore Inc., Ohio, 2001.

HECHT N.S., JACKSON B.S., PASSAMANECK S.M., PIATTELLI D., RABELLO A.M., *An Introduction to the History and Sources of Jewish Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

HILGEMAN W., *La nuova legge delle fonti del diritto dello Stato della Città del Vaticano*, in *Apollinaris*, LXXXIII, 2010, pp. 43 ss..

HIRSCHL R., *The Rise of Constitutional Theocracy*, 49 *Harvard International Law Journal Online*, 2008, pp. 72 ss., <http://harvardilj.org/online/145>.

HIRSCHL R., *Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales*, in 82 *Texas Law Review*, 2003-2004, pp. 1819 ss..

HIRSCHL R., *The Theocratic Challenge to Constitution Drafting in Post-Conflict States*, in *William and Mary Law Review*, 2008, vol 49, n.4, pp. 1179 ss..

HOSSEINI Z., *Marriage on Trial. A Study of Islamic Family Law*, I.B. Tauris, London, 2000.

HOSSEINI Z., *Shari'a and National Law in Iran*, in OTTO J.M. (a cura di), *Shari'a Incorporated. A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden University Press, Leiden, 2010, pp. 319 ss..

HUXLEY A.(a cura di), *Religion, Law and Tradition. Comparative Studies in Religious Law*, Routledge Curzon, London, 2002.

JANUARY B., *The Iranian Revolution*, Lerner Publishing Group, Minneapolis, 2008.

KAPLAN Y.S., *The Right of a Minor in Israel to Participate in the Decision-Making Process Concerning His or Her Medical Treatment*, in 25 *Fordham International Law Journal*, 2001, pp. 1085 ss..

KAR M., *Islam, Democracy and Post 9 /11 Nation Building: Is the Islamic Republic of Iran Compatible with the Principles of Democracy and Human Rights?*, in 6 *Regent Journal of International Law*, 2008, pp. 387 ss..

KARAYANNI M.M., *In the Best Interests of the Group: Religious Matching Under Israeli Adoption Law*, in 3 *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*, 2010, pp. 101 ss..

KARAYANNI M.M., *The Separate Nature of the Religious Accommodations for the Palestinian Arab Minority in Israel*, in 5 *Northwestern University's Journal of International Human Rights*, 2006-2007, pp. 41 ss..

KASHER A., *A Jewish and Democratic State: Present Navigation in the Map of Interpretation*, in COHEN-ALMAGOR R., *Israeli Democracy at the Crossroads*, Routledge, Cavendish, 2005, pp. 165 ss..

KELLERMANN A.E., SIEHR K., EINHORN T., *Israel Among the Nations*, Kluwer International Law, The Hague, 1998.

KEPEL G., *Jihad. Ascesa e declino. Storia del fondamentalismo islamico*, Carocci, Roma, 2000.

KHAN L.A., *Jurodynamics of Islamic Law*, in 61 *Rutgers Law Review*, 2008-2009, pp. 231 ss..

KIRSCHENBAUM A., TRAFIMOW J., *The Sovereign Power of the State: a Proposed Theory of Accommodation in Jewish Law*, in 12 *Cardozo Law Review*, 1990-1991, pp. 925 ss..

KLEIN C., *La démocratie d'Israel*, Edition du Deuil, Paris, 1997.

KLEIN C., *The Defence of the State and the Democratic Regime in the Supreme Court*, in 20 *Israel Law Review*, 1985, pp. 397ss.

KLEIN C., *Stato, ebraismo e confessioni religiose in Israele*, in A. Riccardi (a cura di), *Il Mediterraneo nel Novecento. Religioni e Stati*, San Paolo, Milano, 1994, pp. 110 ss..

KRETZMER D., *Constitutional Law*, in SHAPIRA A., DE WITT-ARAR K.C. (a cura di), *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International, The Hague, 1995, pp. 39 ss..

KRETZMER D., *The Supreme Court and Parliamentary Supremacy*, in ZAMIR I., ZYSBLAT A. (a cura di), *Public Law in Israel*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 303 ss..

KRETZMER D., *The New Basic Laws on Human Rights: a Mini-revolution in Israeli Constitutional Law?*, in ZAMIR I., ZYSBLAT A. (a cura di), *Public Law in Israel*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 141 ss..

LAPIDOTH R., *Freedom of Religion and of Conscience in Israel*, 47 *Catholic University Law Review*, 1997-1998, pp. 441 ss..

LAPIDUS I.M., *Storia delle società islamiche. I popoli musulmani*, III, Torino, Einaudi, 2000.

LAST STONE S., *Sinaitic and Noabide Law: Legal Pluralism in Jewish Law*, in 12 *Cardozo Law Review*, 1990-1991, pp. 1157 ss..

LAYISH A., *Marriage, Divorce and Succession in the Druze Family: a Study Based on Decisions of Druze Arbitrators and Religious Courts in Israel and the Golan Heights*, Brill, Leiden, 1982.

LÉVI-ULLMANN H., *Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers*, in AA.VV., *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans*, Lgdj, Paris, 1922, vol. I, pp. 81 ss..

LEYLAND P., *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Giappichelli, Torino, 2005.

LEWIS B., *Il linguaggio politico dell'Islam*, Laterza, Roma-Bari, 1991.

LIVIATAN O., *Judicial Activism and Religion – Based Tensions in India and Israel*, in 26 *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2009, pp. 583 ss..

LEWIS B., *The Political Language of Islam*, University of Chicago Press, Chicago, 1991.

LO CASTRO G., *La legge fondamentale nella pubblicistica contemporanea*, in *Ius Ecclesiae*, 2001, 13, pp. 303 ss..

LOSANO M.G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Einaudi, Torino, 1978.

LOWY M.O., *Restructuring a Democracy. An Analysis of the New Proposed Constitution for Israel*, in 22 *Cornell International Law Journal*, 1989, pp. 115 ss..

- MATTEI U., MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997.
- MAYER A.E., *Islam and the State*, in 12 *Cardozo Law Review*, 1990-1991, pp. 1015 ss..
- MAYER A.E., *Law and Religion in the Muslim Middle East*, in 35 *American Journal of Comparative Law*, 1987, pp. 127 ss..
- MAYER A.E., *The Fundamentalist Impact on Law, Politics and Constitutions in Iran, Pakistan and the Sudan*, in MARTY M.E., APPLEBY R.S. (a cura di), *Fundamentalist and the State: Remaking Politics, Economies and Militance*, University of Chicago Press, Chicago, 1993, pp. 110 ss.
- MAOZ A., *The Institutional Organization of the Israeli Legal System*, in SHAPIRA A., DE WITT-ARAR K.C. (a cura di), *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International, London, 1995, pp. 11 ss.
- MCCAULIFF C.M.A., *Religion and the Secular State*, 58 *American Journal of Comparative Law*, 2010, pp. 31 ss..
- MCGLINN S., *Family Law in Iran*, S.I, Christchurch, 2002.
- MEDINA B., *Enhancing Freedom of Religion Through Public Provision of Religious Services: the Israeli Experience*, in 39 *Israel Law Review*, 2006, pp. 127 ss..
- MENSKI W., *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- MERVIN S., *L'Islam. Fondamenti e dottrine*, Mondadori, Milano, 2000.
- MIGLIORE C., *I motivi della revisione della legge fondamentale*, in *Ius Ecclesiae*, 2001, pp. 293 ss..
- MILANI M., *Shi'ism and the State in the Constitution of the Islamic Republic of Iran*, in FARSOON S.K., MASHAYEKHI M.(a cura di), *Iran: Political Culture in the Islamic Republic of Iran*, Routledge, London, 1992, pp. 92 ss..
- MODAK TRURAN M.C., *Beyond Theocracy and Secularism (Part I): Toward a New Paradigm for Law and Religion*, in 27 *Mississippi College Law Review*, 2007-2008, pp. 159 ss..
- MORONI F., *Le Costituzioni della Repubblica islamica dell'Iran*, in *Oriente Moderno*, 2008, 1, pp. 109 ss..
- MOZAFFARI M., *Pouvoir chi'ite (théorie et évolution)*, Harmattan, Paris, 1998.
- NAVOT S., *Constitutional Law of Israel*, Kluwer Law International, London, 2007.
- NAVOT S., *Le libertà fondamentali*, in T. GROPPI, E. OTTOLENGHI, A.M. RABELLO (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 135 ss..
- NIKFAR B.M., *Families Divided: An Analysis of Israel's Citizenship and Entry into Israel Law*, in 3 *Northwestern University's Journal of International Human Rights*, 2005, <http://www.scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol3/iss1/5>.

- OLIVIERO M., *Il costituzionalismo dei paesi arabi. Le costituzioni del Maghreb*, Milano, Giuffrè, 2003.
- OLIVIERO M., *La nuova Costituzione dell'Afghanistan*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 2, pp. 404 ss.
- OTSUKA T., "Where is My Vote?": *Democratizing Iranian Election Law Through International Legal Recourse*, in 33 *Boston College of International and Comparative Law Review*, 2010, pp. 339 ss..
- OTTOLENGHI E., *Sovranità parlamentare e controllo di costituzionalità: il caso israeliano*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 3, pp. 567 ss.
- OTTOLENGHI E., *La forma di governo*, in GROPPI T., OTTOLENGHI E., RABELLO A.M. (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 79 ss..
- OTTOLENGHI E., *Profili storici*, in GROPPI T., OTTOLENGHI E., RABELLO A.M. (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 1 ss..
- PAPA M., *Afghanistan: tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra Shari'a, consuetudini e diritto statale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- PEGORARO L., RINELLA A., *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007.
- PEGORARO L., RINELLA A., *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000.
- PICARDI N., *Nell'ottantesimo anniversario della giurisdizione vaticana*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giacobbe*, Tomo I. *Teoria generale, persone, famiglia*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 180 ss..
- PICARDI N., *Ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano*, in CAMMEO F., *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Ristampa anastatica dell'edizione del 1932, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, pp. 595 ss.
- PIZZORUSSO A., *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1998.
- PETRILLO P.L., *Iran*, il Mulino, Bologna, 2008.
- POVARSKY C., *Jewish Law v. the Law of the State: Theories of Accommodation*, in 12 *Cardozo Law Review*, 1990-1991, pp. 941 ss..
- PREDIERI A., *Shari'a e Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- QUER G.M., *Democrazia e diritti umani in Israele*, Proedi ed., Milano, 2006.
- QUIGLEY J., *Apartheid Outside Africa: the Case of Israel*, in 2 *Indiana International and Comparative Law Review*, 1991-1992, pp. 221 ss.
- RABELLO A.M., *Toward the Codification of Israeli Private Law: Several Aspects in a Comparative Perspective*, in KELLERMANN A.E., SIEHR K., EINHORN T. (a cura di), *Israel among the Nations*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 291 ss.

RABELLO A.M., YAAKOV LATTES A., *I partiti politici*, in GROPPI T., OTTOLENGHI E., RABELLO A.M. (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 115 ss..

RABELLO A.M., *L'ordinamento giudiziario*, in GROPPI T., OTTOLENGHI E., RABELLO A.M. (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 227 ss..

RABELLO A.M., *Diritto Ebraico*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, VI, 1995.

RABELLO A.M., *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Giappichelli, Torino, 2002.

RABELLO A.M., *Il matrimonio nel diritto ebraico*, in RABELLO A.M., ALUFFI BECK PECCOZ R., FERRARI A., *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 7 ss.

RABELLO A.M., LERNER P., *The (Re) Codification of Israeli Private Law: Support for, and Criticism of, the Israeli Draft Civil Law Code*, in 59 *American Journal of Comparative Law*, 2011, pp. 763 ..

RACKMAN E., *Israel's Emerging Constitution*, Columbia University Press, New York, 1955.

RADAY F., *Secular Constitutionalism Vindicated*, in 30 *Cardozo Law Review*, 2008-2009, pp. 2769 ss..

RADAY F., *Traditional Religious and Cultural Challengers*, in 41 *Israel Law Review*, 2008, pp. 596 ss..

REDAELLI R., *Constitutional Complexity and Political Paradoxes of the Islamic Republic of Iran*, in *Oriente Moderno*, 2007, pp. 485 ss.

REINHARZ J., *Jewish Religion and Israeli Nationality: the Brother Daniel Case*, in RABINOVICH I., REINHARZ J., *Israel in the Middle East: Documents and Readings on Society, Politics and Foreign Relations pre-1948 to the Present*, UPNE, Lebanon, 2007, pp. 172 ss..

RESCIGNO F., *Scritti sul sistema istituzionale israeliano*, Maggioli, Rimini, 1996.

ROSEN-ZVI A., *Family and Inheritance Law*, in SHAPIRA A., DE WITT-ARAR K.C., *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International, London, 1995, pp 75 ss..

ROTH J.I., *Crossing the Bridge to Secular Law: Three Models of Incorporation*, in 12 *Cardozo Law Review*, 1990-1991, pp. 753 ss..

ROUHANA N., SULTANY N., *Redrawing the Boundaries of Citizenship: Israel's New Hehemony*, in *Journal of Palestine Studies*, 2003, vol.33, 1, pp. 5 ss.

ROUHANA H., *Muslim Family Law in Israel. The Role of the State and Citizenship of Palestinian Women*, in *Women Living Under Muslim Laws Dossier*, 27, (December 2005), in www.wluml.org/node/501.

RUGGIU I., *Israele: Acquis multicultural e principio di uguaglianza. Nota a Corte suprema, Ressler v. the Knesset del 21.2.2012*, in www.forumquadernicostituzionali.it, 29.3.2012.

SABAN I., AMARA M., *The Status of Arabic in Israel: Reflections on the Power of Law to Produce Social Change*, in 36 *Israel Law Review*, 2002, pp.5 ss..

SACCO R., *Diritti stranieri e sistemi di diritto contemporaneo*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, XI; 1989.

SACHEDINA A.A., *Islamic Messianism. The idea of the Mahdi in Twelver Shi'ism*, University of New York Press, Albany, 1981.

SAFA'I H., *Le mariage et le divorce en droit iranien*, in J. BASEDOW, N. YASSARI (a cura di), *Iranian Family and Succession Law and Their Application in German Courts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 69 ss..

SAMI ALDEEB ABU – SAHLIEH A., *Il diritto islamico*, Carocci, Roma, 2008.

SARAI A., *Le fonti del diritto vaticano*, Lateran university Press, Città del Vaticano, 2011.

SAVIR Y., *The Definition of a Jew Under Israel's Law of Return*, in 17 *Southwestern Law Journal*, 1963, pp. 123 ss..

SCARCIA AMORETTI B., *Sciiti nel mondo*, Jouvence, Roma, 1994

SCHACHT J., *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione G. Agnelli, Torino, 1995

SHAHIDI H., *Iranian Journalism and the Law in the Twentieth Century*, in *Iranian Studies. Journal of the International Society for Iranian Studies*, 2008, 41, pp. 739 ss..

SCHNEIDER I., *Articulation of Islamic and non Islamic System: Iran*, in AA. VV., *Encyclopedia of Women & Islamic Cultures. Family Law and Politics*, Brill, Leiden, 2005, pp. 392 ss.

SCHIRAZI A., *The Constitution of Iran: Politics and the State in the Islamic Republic*, I.B. Tauris, Michigan, 1997.

SCOLNICOV A., *Religious Law, Religious Courts and Human Rights within Israeli Constitutional Structure*, in 4 *International Journal of Constitutional Law*, 2006, pp. 732 ss..

SEGAL Z., *Administrative Law*, in SHAPIRA A., DE WITT-ARAR K.C. (a cura di), *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International, The Hague, 1995, pp. 53 ss.

SELVAGGI E., *Fonti suppletive e principio di legalità nell'ordinamento dello Stato della Città del Vaticano*, in *Cassazione Penale*, 5, 2009, pp. 2198 ss..

SHACHAR Y., *History*, in SHAPIRA A., DE WITT-ARAR K.C. (a cura di), *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International, London, 1995, pp. 1 ss..

SHACHAR A., *Whose Republic?: Citizenship and Membership in the Israeli Polity*, in 13 *Georgetown Immigration Law Journal*, 1998-1999, pp. 233 ss..

SHALEV C., *End – of – Life Care in Israel – the Dying Patient Law*, 2005, in 42 *Israel Law Review*, 2009, pp. 279 ss..

SHAPIRA A., DE WITT-ARAR K.C., *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International, The Hague, 1995.

SHETREET S., *State and Religion: Funding of Religious Institutions – the Case of Israel in Comparative Perspective*, in 13 *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1999, pp. 421 ss..

SHEVLIN N., *Velayat-e Faqih in the Constitution of Iran: the Implementation of Theocracy*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 1998, 1, pp. 358 ss..

SHILO S., *Equity as a Bridge Between Jewish and Secular Law*, in 12 *Cardozo Law Review*, 1990-1991, pp. 737 ss..

SHOCHETMAN E., *Israeli Law and Jewish Law – Interaction and Independence: a Commentary*, in 24 *Israel Law Review*, 1990, pp. 525 ss..

SINCLAIR D., *Jewish law in the State of Israel*, in HECHT N.S., JACKSON B.S., PASSAMANECK S.M., PIATTELLI D., RABELLO A.M., *An Introduction to the History and Sources of Jewish Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 397 ss..

SMOOHA S., *The Model of Ethnic Democracy: Israel as a Jewish and Democratic State*, 8 *Nations & Nationalism* 2002, pp. 475 ss..

STENDEL O., *The Arabs in Israel*, Sussex Academic Press, Eastbourne, 1996.

STEINBERG G.M., *Interpretations of Jewish Tradition on Democracy, Land and Peace*, in 43 *Journal of Church and State*, 2001, pp. 93 ss..

STRONG S.I., *Law and Religion in Israel and Iran: How the Integration of Secular and Spiritual Laws Affects Human Rights and the Potential for Violence*, in 19 *Michigan Journal of International Law*, 1997-1998, pp. 109 ss..

TEDESCHI M., voce *Vaticano (Stato della Città del)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, XLVI, 1993, pp. 284 ss.

TONIATTI R., *Israele: una costituzione a tappe*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, 2, pp. 510 ss..

TRAVIS H., *Freedom or Theocracy?: Constitutionalism in Afghanistan and Iraq*, in 3 *Northwestern University's Journal of International Human Rights*, 2005, 1, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nijhr/vol3/iss1/4>.

VENTURA A., *Confessioni scismatiche, eterodossie e nuove religioni*, in ALLAM K.F., LO JACONO C., VENTURA A., (a cura di G. FILORAMO), *Islam*, LaTerza, Roma-Bari, 1999, pp. 314 ss.

VIJEH M.R., *Contribution à l'atelier «Le constitutionnalisme: un produit d'exportation?»* diretto da Bon P., Flauss E.J.F. - 6° congresso di diritto costituzionale, *Le Conseil de gardien de la Constitution iranien et l'Etat de droit*, 9,10 e 11 giugno 2005, Montpellier, in www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/VIJEH.pdf.

- VIKØR K.S., *Between God and the Sultan: a History of Islamic Law*, C. Hurst & Co., London, 2005.
- VOLPI M., *Libertà ed autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Giappichelli, Torino, 2000.
- WATTAD M.S., *Israeli Arabs: Between the Nation and the State*, in 6 *Indigenous Law Journal*, 2007, pp.179 ss..
- WEISS B., *Interpretation in Islamic Law: the Theory of Ijtihad*, in 26 *American Journal of Comparative Law*, 1977-78, pp. 199 ss..
- WELTON M.D., *Islam, the West and the Rule of Law*, in 19 *Pace International Law Review*, 2007, pp. 169 ss..
- YAKOBSON A., *Joining the Jewish People: Non-Jewish Immigrants from the Former URSS, Israeli Identity and Jewish Peoplehood*, in 43 *Israel Law Review*, 2010, pp. 218 ss..
- YASSARI N., SABOORI M.H., *Shari'a and National Law in Afghanistan*, in OTTO J.M. (a cura di), *Shari'a Incorporated. A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden University Press, Leiden, 2010, pp. 273 ss..
- ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.
- ZAKARIA F., *Democrazia senza libertà. In America e nel resto del mondo*, Rizzoli, Milano, 2003.
- ZAMIR I., ZYSBLAT A., *Public Law in Israel*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- ZAMIR I., *Administrative Law*, in ZAMIR I., ZYSBLAT A., *Public Law in Israel*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 18 ss..
- ZANDER W., *On the Settlement of Disputes About the Christian Holy Places*, in 8 *Israel Law Review*, 1973, pp.331 ss..
- ZANDER W., *Jurisdiction and Holiness: Reflections on the Coptic Eethiopian Case*, in 17 *Israel Law Review*, 1982, pp. 245 ss.
- ZUBAIDA S., *Law and Power in Islamic World*, I.B. Tauris Publ., London, 2003.
- ZYBLAT A., *The System of Government*, in ZAMIR I., ZYBLAT A., *Public Law in Israel*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 1 ss..
- ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato, Vol. I: principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998.

Finito di stampare
presso la Grafica Elettronica Napoli
nel mese di settembre 2013

