

INTRODUZIONE.

I. Una legge fondamentale e non fondamentalista.

Così viene definita la nuova Carta Costituzionale irachena, all'indomani della sua approvazione popolare avvenuta il 15 Ottobre 2005 con referendum.

Ad onor del vero, tale evento non rappresenta una novità assoluta per il ricchissimo paese medio-orientale, atteso che già dal 1958, prima del regime di Saddam Hussein, era in vigore una Costituzione ispirata a principi di libertà, uguaglianza e non discriminazione dei cittadini, ovviamente disconosciuta dal raïs al momento della sua ascesa al potere.

Tuttavia nel caso di specie siamo in presenza di un testo definito “rivoluzionario”, espressione del desiderio di rinnovamento dei cittadini iracheni, dove viene stabilito che l'Islam è una, e non l'unica, delle fonti primarie del diritto, dove il “tradimento della fede”, il *takfir*,¹ viene censurato al pari del razzismo, della pulizia etnica, del terrorismo, e ciò in netta contrapposizione alle attuali dottrine fondamentaliste di origine arabo-iraniana e di stampo terroristico di Al Qaida.

In Iraq dunque la sovranità appartiene al popolo, e non ad Allah come nel vicino Iran, la *shari'a* non rappresenta più l'unica fonte legislativa, tutti i cittadini iracheni sono uguali davanti alla legge senza alcuna distinzione, il petrolio ed il gas sono proprietà di tutto il popolo iracheno di qualsiasi etnia, e lo Stato da arabo diventa federale.

La popolazione irachena eleggerà i rappresentanti che formeranno il nuovo Parlamento, e le cariche politiche potranno essere assunte anche da appartenenti ad etnie curde e sciite, e non solo dai sunniti, questi ultimi detentori del potere centrale a Baghdad nel periodo in cui era in vigore il regime dittatoriale di Saddam Hussein, che esce definitivamente di scena di pari passo con il partito *Baath*, dichiarato formalmente illegittimo.

¹ L'apostasia, ossia l'allontanamento dalla propria religione e l'avvicinamento ad altre ideologie punita con la condanna a morte: anche il solo taglio di capelli diverso dallo stile comune e la rasatura della barba vengono considerate segno di “infedeltà” della legge coranica.

II. L'influenza degli stati occidentali.

Il processo di scrittura della nuova carta costituzionale irachena, secondo quanto rivelato da un funzionario delle Nazioni Unite, sarebbe stato oggetto di particolare attenzione da parte degli Stati Uniti, arrivando a definire tale intervento eccessivo ed altamente inappropriato.

I motivi andrebbero ricercati nel fatto che sarebbe stata messa in circolazione una bozza di provenienza statunitense, una sorta di “testo consigliato” al cui interno era presente, tra gli altri, un articolo nel quale era previsto che l’installazione di basi militari straniere in Iraq fosse proibita, ovvero consentita con una maggioranza dei due terzi dei voti del Parlamento².

A ciò va aggiunto che la bozza di Costituzione sarebbe stata approvata in presenza di una significativa e poco opportuna ingerenza da parte dell’amministrazione statunitense.

Al di là delle analisi critiche, vi è da dire che il popolo iracheno ha approvato il referendum con circa il 78% di voti favorevoli decidendo così di passare da una forma di stato presidenziale ad una federale, con governo di tipo parlamentare, evento questo che segna il vero inizio di un nuovo percorso verso la democrazia in Iraq.

Vedono la luce il principio di legalità, la separazione dei poteri, l’esplicito consenso a nuove fonti del diritto, oltre ovviamente agli incontrastabili dogmi coranici già esistenti.

Sotto l’aspetto puramente formale la nuova legge fondamentale irachena presenta, *ictu oculi*, una discreta somiglianza con la Costituzione italiana, atteso che entrambe, a differenza di quella statunitense, sono lunghe e scritte con uno stile molto simile.

Sia gli Stati Uniti che l’Italia hanno senza dubbio rappresentato un modello per l’Iraq, ed il paese islamico, con la nuova legge fondamentale, ha recepito, esente da qualsiasi obbligo e imposizione, ma in ossequio ad una volontà popolare che

² Tale articolo è stato poi stralciato e non compare nella versione definitiva.

aspira alla vera democrazia, i precetti costituzionali dei citati stati occidentali, senza per questo sconfessare le proprie origini e compromettere la propria identità.

L'intromissione dei paesi occidentali nel processo di formazione del nuovo Iraq è stata determinante e risolutiva, ancorché si sia dovuto ricorrere all'impiego di forze militari a discapito della diplomazia, con il risultato previsto e scontato di inevitabili perdite di vite umane anche civili.

Non è la prima volta che entra in vigore una Costituzione dettata da una potenza straniera: un avvenimento simile a quello iracheno è avvenuto in Giappone nel 1945, quando tale territorio fu occupato dall'esercito americano che proprio in tale circostanza introdusse una legge fondamentale adottata l'anno successivo, e rimasta in vigore per circa cinque anni³; come se non bastasse il nuovo assetto istituzionale andava a modificare profondamente le tradizioni nazional-religiose della società giapponese, atteso che veniva escluso il culto scintoista dell'Imperatore.

Se si guarda a questo episodio del secondo dopoguerra, e si confronta con quanto avvenuto in Iraq, si evince chiaramente che, in quest'ultimo paese, gli Stati Uniti hanno avuto un ruolo marginale, lasciando al popolo iracheno ampia libertà di scelta riguardo al proprio ordinamento giuridico.

Nella dissertazione che segue verranno analizzati e messi a confronto i principali istituti costituzionali iracheni, paragonandoli con quelli italiani e statunitensi, mettendo in evidenza gli aspetti salienti con allegate osservazioni e note critiche. Sono tuttora in circolazione varie versioni definite "*draft*" o "*unofficial*" della Costituzione irachena, in questa sede verrà preso in esame il testo ufficiale composto di 143 articoli, prelevato dal sito istituzionale del Governo iracheno.⁴

³ Tale è stata la durata del governo militare statunitense.

⁴ <http://www.iraqgovernment.org/Content/Biography/English/consitution.htm>

CAPITOLO I

Diversità ed analogie dei tre ordinamenti.

1.1 Recezione dei modelli giuridici.

Tra i paesi a base giuridica musulmana, l'Iraq rappresenta un nuovo modo di intendere lo Stato, ed i suoi cittadini hanno dimostrato con fermezza che era giunto il momento di far compiere un cambio di rotta alla propria nazione, senza avere il timore di dover subire il mutamento di alcuni dogmi nell'ordinamento esistente, ed assumendosi le responsabilità ed i rischi che ogni riforma radicale può comportare.

Sulle prime vi fu qualche giurista che suggerì alle autorità locali di non dotarsi di una costituzione scritta, prendendo a riferimento il modello inglese, ma tale ipotesi non venne presa in considerazione e fu subito abbandonata.

Molti giudizi negativi sono stati espressi riguardo alle intrusioni messe in atto dal governo statunitense durante la fase di redazione della legge fondamentale: in particolare la questione del federalismo, che secondo diversi scrittori, giornalisti ed intellettuali iracheni, sarebbe una forma di stato imposta dall'imperialismo americano, come una sorta di "recezione obbligata", che non farebbe altro che indebolire l'Iraq con la suddivisione del suo territorio in piccole entità.

Il procedimento di recezione, nel caso in esame, è stato senza dubbio oggetto di un impulso di parte, ma non per questo arbitrario e poco efficace, o posto in essere con l'intento specifico di danneggiare la comunità irachena.

La nuova Costituzione dell'Iraq, tramite un procedimento di imitazione parziale, riconosce ed introduce, *mutatis mutandis*, istituti appartenenti a sistemi giuridici di paesi occidentali⁵, mantenendo ovviamente, come in tutti i territori islamici, anche l'etichetta di stato confessionale.

Essa, facendo propri i contenuti della principale fonte del diritto vigente nei paesi civili, riconosce i diritti inviolabili dell'individuo, identifica il sistema federale, e distingue specificamente i tre poteri dello stato.

⁵ Si evidenzia in particolare dagli USA il federalismo, dall'Italia la forma di governo parlamentare.

Esaminando le leggi fondamentali, è singolare notare che gli Stati Uniti d'America, paese molto giovane⁶, hanno la più antica Costituzione vigente, al cui breve testo⁷ vengono aggiunti nel tempo i c.d. "emendamenti"⁸, e ciò può essere considerato da molti stati un modello rappresentativo da seguire, in quanto indice rivelatore di stabilità e buon funzionamento di un sistema giuridico avanzato. Nel caso dell'Italia e dell'Iraq⁹, i cui testi costituzionali hanno molto in comune, l'entrata in vigore degli stessi ha avuto un iter per certi versi simile, specie per quanto attiene alla personalità carismatica ed alla destituzione dei soggetti che erano al governo¹⁰ in precedenza.

L'Iraq, prendendo ispirazione dalle Costituzioni degli Stati Uniti e dell'Italia, con la consacrazione di un documento scritto, ha importato nel proprio paese gli elementi essenziali di uno stato democratico, migliorando il proprio assetto politico dietro un consenso quasi unanime del suo popolo, ed ha altresì "positivizzato" i principi basilari di legalità, sovranità popolare, libertà ed uguaglianza, che rappresentano le garanzie dominanti del c.d. stato di diritto.

⁶ Di fatto nasce con l'approvazione della Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti d'America avvenuta il 4 Luglio 1776.

⁷ La carta costituzionale statunitense si compone di soli sette articoli e ventisette emendamenti.

⁸ L'ultimo risale al 1992 e riguarda i limiti alla modifica dei compensi dei rappresentanti del Congresso.

⁹ Trattasi di nazioni che hanno una storia millenaria, ma il cui sistema giuridico vigente, a differenza degli USA, è molto più recente e con minor esperienza.

¹⁰ In Italia il regime dittatoriale di Mussolini, in Iraq quello di Saddam Hussein; altra particolarità lo scioglimento del partito fascista in Italia e di quello baathista in Iraq, per entrambi i quali vi è specifico riferimento nel testo costituzionale.

1.2 Common Law, Civil Law, Islamic Law.

I sistemi giuridici occidentali si distinguono fundamentalmente in due famiglie: il civil law, c.d. *ius commune*, che trova la propria genesi nel diritto romano, ed il common law, di derivazione anglosassone; l'Italia è un paese con sistema di civil law, gli Stati Uniti di common law.

I giudici, nei paesi di civil law, fondano le proprie decisioni, ovvero motivano le sentenze, applicando le norme del diritto vigenti, sono perciò soggetti alla legge e vincolati alla sua interpretazione, anche se poi, all'atto pratico, il giudice di merito può legittimamente richiamare pronunce della Corte di Cassazione le quali, indirettamente, sovente costituiscono un precedente giurisprudenziale e per tale motivo molto spesso sono di orientamento per i giudici di prime cure e di appello.

Nei processi di civil law i giudici non possono astenersi dall'esprimere un giudizio, lamentando contraddittorietà della legge ed oscurità nella norma, potendo altresì fare sempre ricorso all'analogia, laddove consentito, ed ai principi generali dell'ordinamento dello Stato.

Di diversa concezione è il common law, c.d. diritto non codificato, costruito sul principio giurisprudenziale dello "stare decisis" ossia sulla vincolatività del precedente giudiziario; il giudice, nel decidere su una determinata questione, andrà a ricercare un provvedimento anteriore regolante un caso simile, e lo adatterà alla fattispecie in esame.

Tuttavia in tale sistema esistono leggi scritte, ma il loro numero è inferiore rispetto ai paesi di civil law, ed hanno carattere di specialità in relazione al *case law*.

Altra particolarità del civil law risiede nel fatto che i giudici, per risalire alla volontà del Legislatore, spesso fanno ricorso ai lavori preparatori della legge; tale opportunità non è prevista negli ordinamenti di common law, ovvero è stabilito che le Corti non devono andare a ricercare quali fossero ex ante le

intenzioni del Legislatore, bensì interpretare ex post ciò che il Legislatore ha enunciato, analizzando ed interpretando il vero significato del dettato giuridico. Nel common law la certezza del diritto è garantita dai precedenti giurisprudenziali, in quanto fonte del diritto nel sistema anglosassone; una sua importante caratteristica è la continuità, ossia dalla nascita ad oggi non ha subito interruzioni, come invece è avvenuto per le codificazioni moderne, e l'antico diritto non è stato mai abrogato e sostituito, né stabilizzato in un codice.

Accade infatti che antiche sentenze e leggi coabitino perfettamente con leggi e sentenze moderne, ed il giudice dispone di ampio materiale giuridico da utilizzare per risolvere le controversie, riprendendo decisioni anteriori regolanti casi simili.

Negli ultimi anni si è fatto conoscere anche un terzo ordinamento giuridico, applicabile ad oltre il 20% della popolazione mondiale: esso risponde all'appellativo di "islamic law".

Nelle società islamiche il diritto si identifica con la religione, non vi è una netta separazione tra queste realtà sociali, come esiste invece nelle culture occidentali. Sia il sistema di civil law che quello di common law collocano al centro di tutto l'individuo¹¹, e la norma giuridica rappresenta il prodotto della ragione, ed in quanto tale assume valore vincolante.

Per i musulmani la fonte del diritto è Dio, considerato il legislatore per eccellenza, che ha rivelato agli uomini, tramite il Profeta, la sua volontà, e di riflesso l'emanazione ufficiale della norma giuridica coranica è conseguente a tale evento.

Il Corano, fonte primaria del diritto islamico, è il testo rivelato da Dio a Maometto attraverso l'Arcangelo Gabriele, e contiene sia disposizioni giuridiche¹² che dogmi religiosi; per un musulmano, mettere in discussione le prescrizioni normative ivi contenute, significa contestare la parola di Dio, e ciò non è

¹¹ Ispirati al periodo dell'Illuminismo.

¹² Solamente il 10% circa degli oltre seimila versetti presenta un contenuto giuridico.

logicamente realizzabile, viste le pesanti pene previste per chi commette tale sacrilegio.

L'Islam, essendo un diritto confessionale, intende raggiungere non solo la pacifica convivenza sociale, ma anche la pace ultraterrena; la vita di un musulmano, sia all'interno della propria famiglia che nei rapporti sociali, nel diritto, nell'economia, è totalmente regolata da tale dottrina, dove l'uomo è sottomesso ad Allah e ne è fedele servitore ed esecutore delle sue volontà.

Il potere politico nell'Islam non spetta a nessuno di diritto, e può essere esercitato legittimamente da chi dimostra di esserne in grado, senza usurpazioni o conquiste operate con mezzi illegittimi, e con specifica applicazione della volontà divina; il ruolo dell'Imam viene considerato come guida della comunità.

Nel diritto musulmano, atteso che si rinvencono analogie con il diritto romano per quanto attiene agli istituti della proprietà e del possesso, non esiste un corpus normativo vero e proprio, e per tale motivo si avvicina di più al sistema di common law, con la differenza che la produzione del diritto non è dei giudici bensì dei giuristi: i *fuqahà*¹³ sono demandati ad integrare le fonti scritte del diritto islamico, quali Corano e Sunna, per mezzo della *fatwa*¹⁴, che assume precetto inderogabile per i fedeli successivamente alla creazione del consenso della comunità.

Oltre al Corano, altra fonte del diritto scritta è la Sunna, mentre la *ijma* e la *qiyas* sono di natura orale; la legge islamica, la *shari'a*, che significa letteralmente "la via" da seguire per portare l'uomo alla salvezza, trae origine dalle quattro radici indicate.

Accertata l'esistenza di tale impianto giuridico, tenuto conto dei flussi migratori verso l'occidente, anche gli operatori del settore economico-finanziario hanno dovuto procedere ad una disamina comparatistica dei principi stabiliti dal diritto musulmano, con l'intento di creare dei prodotti finanziari ad hoc, specifici per la clientela di origine islamica.

¹³ Dottori della legge.

¹⁴ Opinione personale del giurista.

Tra i principi indiscutibili del Corano vi è anche quello che vieta l'usura e gli interessi¹⁵, ma quest'ultima pratica finanziaria nei paesi occidentali è alla base dell'economia e non costituisce certamente, nei limiti della norma, un ingiustificato ed illecito arricchimento.

Per tale motivo le banche e gli operatori finanziari, per adattarsi alle prescrizioni coraniche, ed annoverare tra la propria clientela i fedeli dell'Islam, hanno dovuto aggirare l'ostacolo con espedienti legali, volti a realizzare implicitamente un naturale quanto legittimo vantaggio patrimoniale.

Si assiste, seppur timidamente, ad una riduzione delle distanze tra i tre sistemi giuridici sopra citati, laddove nei paesi continentali le pronunce giurisprudenziali costituiscono sempre più oggetto di richiamo nelle sentenze e sono spesso alla base delle motivazioni addotte, mentre nei paesi anglosassoni si ricorre con più frequenza alle leggi, e nei paesi di diritto islamico avviene il recepimento di istituti e modelli normativi sia di civil law che di common law.

¹⁵ Nel Medioevo anche la Chiesa cattolica proibiva l'applicazione di qualunque saggio di interesse.

CAPITOLO II

Diritti e doveri a confronto.

2.1 Princìpi fondamentali e libertà.

Durante il regime di Saddam Hussein, il popolo viveva in condizioni di totale oppressione, dove non esisteva un equilibrio tra diritti e doveri, ma solo una prevalenza assoluta di questi ultimi, uno sbilancio iniquo ed arbitrario, a totale vantaggio ed appoggio di un sistema politico autoritario ed intollerante, che non esitava a punire severamente chiunque si opponesse alle prescrizioni imposte dal rais e dai suoi fedelissimi, senza alcuna opportunità di appello.

Risale ad alcuni anni fa l'unica concessione di Saddam al suo popolo, ed essa consisteva nella vendita del carburante ad un prezzo di "favore" di cinque lire italiane al litro, quando in Italia veniva ceduta a circa duemila lire al litro.

Per una rimessa in vigore dei princìpi inviolabili dell'individuo bisognerà attendere questa nuova Costituzione, dove già dalla lettura del preambolo si avverte che tale documento è estrinsecazione dei reali sentimenti e desideri della popolazione irachena, e negli articoli che seguono i diritti sono manifestamente enunciati, ed entrano a fare parte integrante delle norme positive tanto attese.

Oltre ad essere specificamente previsto che l'Iraq è anche un paese democratico, l'articolo due riporta che non è consentito approvare alcuna legge che sia in contrasto con i princìpi di democrazia, e contraria ai diritti ed alle libertà fondamentali menzionate nella Costituzione.

L'articolo nove prevede, tra l'altro, che l'Iraq rispetterà gli obblighi internazionali per quanto riguarda il divieto di diffondere, sviluppare, produrre e utilizzare armi nucleari, chimiche e biologiche; l'introduzione di questa norma, che afferma implicitamente il ripudio alla guerra in maniera preventiva, è tanto degna di lode quanto temeraria, atteso che le intenzioni degli stati confinanti sono tutt'altro che pacifiche, e tale disposizione, avrebbe potuto essere formulata in maniera differente, citando ad esempio una generica riconsiderazione della guerra, ed un eventuale ricorso al conflitto solo per motivi di legittima difesa.

Procedendo, secondo l'articolo quattordici tutti gli iracheni sono uguali senza distinzioni di alcun genere; diritto alla vita, libertà e sicurezza sono garantiti per tutti gli individui, ed eventuali restrizioni di tali diritti possono avvenire solo in conformità alla legge e per ordine dell'autorità giudiziaria.

Negli articoli che seguono anche le pari opportunità, la privacy, il domicilio, la cittadinanza, e il diritto di asilo politico¹⁶ sono tutelati costituzionalmente; è riconosciuta la parità tra uomini e donne, che parteciperanno sia all'elettorato attivo che passivo.

Si afferma anche il principio del "*ne bis in idem*", laddove un imputato non può essere processato una seconda volta per la stessa incriminazione, a meno che non emergano nuove prove a lui sfavorevoli; l'imputato sarà considerato innocente fino alla condanna definitiva, la responsabilità penale è personale, il fermo e la detenzione sono consentiti solamente nei luoghi a questo deputati in base alle leggi carcerarie, e devono essere altresì provvisti di servizi sanitari e sociali sotto il controllo dello Stato.

E' ammessa la libertà sindacale e di associazione, la proprietà di beni immobili in qualsiasi parte del territorio dello stato, la libera circolazione di merci, persone e capitali.

Maternità, infanzia, famiglia, istruzione gratuita sono considerati valori fondamentali nella società irachena e godono della massima protezione, così come il "welfare state", ancora in fase embrionale ma oggetto di futura regolazione normativa; anche il diritto a vivere in un ambiente naturale integro trova apposita collocazione nelle norme costituzionali.

All'articolo ventotto è previsto che coloro che hanno un reddito basso sono esentati dal pagamento delle tasse, in un modo che sia garantito il mantenimento del livello minimo necessario per sopravvivere.

Vige il divieto assoluto di qualsiasi forma di tortura fisica e psicologica, di schiavitù, lavoro forzato, commercio degli schiavi, tratta delle donne e dei

¹⁶ Prevista una riserva di legge, e non ammissibile per chiunque abbia riportato condanne per crimini internazionali, reati di terrorismo e danni all'Iraq.