

**Scritti in onore di Mario G. Losano**  
Dalla filosofia del diritto  
alla comparazione giuridica

a cura di  
**Luis Lloredo Alix**  
**Alessandro Somma**

**aA**ccademia  
university  
press



«Diálogos» / 1



**«Diálogos»**

Incontri con la cultura giuridica latino-americana

**1**

**Scritti in onore di Mario G. Losano**  
**Dalla filosofia del diritto**  
**alla comparazione giuridica**

a cura di  
**Luis Lloredo Alix**  
**Alessandro Somma**

**Scritti in onore  
di Mario G. Losano**

Volume pubblicato con il contributo  
del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università degli Studi di Ferrara  
e del programma Ramón y Cajal (RYC 2019-028316-I),  
finanziato dall'Agencia Estatal de Investigación  
del Gobierno de España e dal Fondo Sociale Europeo

© 2021

Accademia University Press  
via Carlo Alberto 55  
I-10123 Torino



prima edizione aprile 2021  
isbn 978-88-31978-91-0  
edizione digitale [www.aAccademia.it/mariolosano](http://www.aAccademia.it/mariolosano)

book design boffetta.com

**Accademia University Press** è un marchio registrato di proprietà  
di LEXIS Compagnia Editoriale in Torino srl

<b>Premessa</b>		VII
<b>Mario Losano: nota biografica</b>		IX
<b>L'America Latina nelle classificazioni giuscomparate: la tradizione giuridica contro-egemonica del <i>buen vivir</i> nell'area andina</b>	Serena Baldin	3
<b>Lo stile delle sentenze della Corte di cassazione francese dopo l'abbandono della frase unica</b>	Ermanno Calzolaio	18
<b>I "ponti" per il trasferimento di dati EU-Usa: dai <i>Safe Harbour Privacy Principles</i> al <i>Privacy Shield</i></b>	Virgilio D'Antonio	34
<b>Pluralismo giuridico e <i>Rule of Law</i>: un approccio fondato sul reciproco condizionamento tra fonti</b>	Alessandra Facchi	63
<b>Mario G. Losano tra Kelsen e Bobbio. Un dialogo infinito</b>	Lorena Forni	85
<b>Il metodo del e nel diritto pubblico comparato</b>	Tommaso Edoardo Frosini	99
<b>Il giudice disobbediente nel terzo millennio</b>	Davide Galliani	115
<b>Note su "sistema" e compilazione giustiniana</b>	Paolo Garbarino	136
<b>Mario G. Losano: un kelsenólogo no kelsenólatra</b>	José Antonio García Sáez	178
<b>Presupuestos históricos y epistemológicos de la <i>Begriffsjurisprudenz</i></b>	Joaquín Garrido Martín	207
<b>Femminismo e diritto. Tra teoria critica e comparazione</b>	Orsetta Giolo	230
<b>Un caso di reinterpretazione del diritto islamico: il <i>khul'</i> nella prassi giurisprudenziale pakistana</b>	Elisa Giunchi	250
<b>Il diritto dello stato, le pretese della religione, e il governo del pluralismo normativo nelle costituzioni democratiche</b>	Michele Graziadei	265
<b>Los espacios y desafíos del análisis comparado en derechos humanos. Breves lecciones del legado comparatista de Mario G. Losano</b>	Encarnación La Spina	288
<b>Intelligenza artificiale e responsabilità per danni al consumatore in Brasile</b>	Sabrina Lanni	306

<b>Transhumanismo e identidad humana ante el reto de la revolución 4.0 de la inteligencia artificial</b>	Fernando H. Llano Alonso	325
<b>Ensayo de interpretación del pensamiento de Mario G. Losano: una lectura geo-filosófica del derecho</b>	Luis Lloredo Alix	371
<b>Lo <i>scientific State of Mind</i> del giurista: la comparazione quantitativa tra diritto e letteratura</b>	Matteo Nicolini	390
<b>El nuevo paradigma andino. Crisis del modelo unitario de organización territorial en América Latina</b>	Giorgia Pavani	406
<b>L'identità della Costituzione brasiliana del 1988 alla prova dell'analisi comparata (e della verifica empirica)</b>	Lucio Pegoraro	425
<b>La protección de datos personales en la sociedad de las Nuevas Tecnologías y las Tecnologías de la Información y de la Comunicación</b>	Antonio E. Pérez Luño	447
<b>Mario Losano in Brasile: tra politica, sociologia e storia del diritto (2012-2018)</b>	Gustavo Siqueira Silveira	468
<b>La importancia del factor cultural en los matrimonios forzados</b>	Ángeles Solanes Corella	478
<b>Sull'identità del diritto latinoamericano</b>	Alessandro Somma	497
<b>Sicurezza e diritti nella <i>digital age</i>. La tecnologia: un'arma a doppio taglio nella lotta al terrorismo internazionale</b>	Arianna Vedaschi	518
<b>Il sapere giuridico come costruzione sociale e la formazione del giurista in America Latina</b>	Virginia Zambrano	538
<b>Big Data e epistemologia giuridica</b>	Vincenzo Zeno-Zencovich	574
<b>Elenco opere (2017-2020)</b>		587

Mario Losano è notoriamente uno studioso eccellente, la cui produzione scientifica sconfinava nei più disparati campi del sapere giuridico e oltre. Lo abbiamo apprezzato e lo apprezziamo quando arricchisce le nostre conoscenze nella filosofia del diritto, nella teoria generale del diritto, nella storia del diritto, nell'informatica giuridica, nel diritto comparato, nella filosofia politica, solo per citare i settori nei quali è una riconosciuta autorità scientifica. Al suo attivo conta manuali di grande successo e diffusione, innumerevoli libri e saggi considerati un imprescindibile punto di riferimento nelle materie a cui sono dedicati, edizioni critiche di materiali rinvenuti nel corso di minuziose ricerche di archivio e traduzioni di testi. Il tutto frutto di lavoro sul campo, alla ricerca di fonti ma anche e soprattutto della condivisione di esperienze ed emozioni.

È insomma un intellettuale, e anzi un raro esempio di intellettuale: i suoi lavori spiccano per la tensione interdisciplinare, oltre che per caratteristiche decisamente poco diffuse in un mondo sempre più animato da tecnocrati dediti all'iperspecializzazione. Possiede una invidiabile capacità di rendere comprensibili riflessioni e dati che per mole e complessità sarebbero altrimenti inaccessibili ai più. Inoltre è

## Premessa

mosso da un'autentica passione civile e politica, testimoniata da una ricca produzione di saggi dedicati ai temi politici e sociali più scottanti del momento. Anche per questo le fatiche di Mario sono tradotte in molte lingue, e il suo impegno premiato da onorificenze e dottorati honoris causa conferiti da prestigiose università europee e latinoamericane.

Gli autori e le autrici di questi Scritti in onore sono studiosi attivi nel diritto comparato, nella filosofia e nella teoria generale del diritto che hanno inteso celebrare, tra le tante, una particolare virtù di Mario: aver gettato un ponte tra questi campi del sapere, con riflessioni che li hanno arricchiti, trasformati, resi migliori. Come gli studiosi e le studiose che hanno avuto la fortuna di incontrare l'Onorato, di attingere da una inesauribile fonte di conoscenza e umanità.

Luis Lloredo Alix  
Alessandro Somma

## Un caso di reinterpretazione del diritto islamico: il *khul'* nella prassi giurisprudenziale pakistana

Elisa Giunchi\*

250

### 1. Introduzione

L'ordinamento giuridico pakistano considera il matrimonio (*nikah*), conformemente al diritto islamico, un contratto che può essere sciolto con il decesso o l'abiura dall'islam di uno dei coniugi, per mutuo consenso o per volere di uno dei due. Appartiene a quest'ultima categoria il *talāq*, un atto unilaterale ed extragiudiziale con cui il marito ripudia la moglie. Il *talāq* non richiede alcuna giustificazione e, per poter essere registrato, e produrre quindi tutti i suoi effetti giuridici, richiede una procedura abbastanza semplice. Il marito, oltre ad adempiere ad alcune formalità, deve versare alla moglie la parte di dote (*mahr*) che non le è ancora stata corrisposta e provvedere al suo mantenimento per un breve periodo, corrispondente all'*idda* (ritiro). Il *talāq*, sia in questa forma, sia in quella triplice, vietata dall'ordinamento, è la modalità di divorzio più comune, in Pakistan come nel resto del mondo musulmano<sup>1</sup>.

\* Elisa Giunchi è professoressa associata presso il Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici dell'Università degli Studi di Milano. E-mail: elisa.giunchi@unimi.it.

1. Sulla legislazione pakistana si veda Nadya HAIDER, *Islamic Legal Reform, The Case of*

Molto più complicate sono le cose se a voler divorziare è la moglie. Se il marito dà il proprio assenso, il vincolo matrimoniale si scioglie e nulla è dovuto dall'una o dall'altra parte. Cosa accade però se il marito non è intenzionato a concedere il divorzio?

La legislazione pakistana, pur non conferendo ai coniugi uguali diritti in materia di divorzio, riconosce alle donne, con riferimento a norme tratte in larga misura dalla scuola giuridica (*madhāb*) malikita, diverse possibilità di uscire da un matrimonio infelice: le donne possono, ad esempio, avvalersi del ripudio delegato (*ṭalāq-i tafwid*), se previsto dal contratto matrimoniale, e dell'“opzione della pubertà”, se il matrimonio non è stato consumato; possono rivolgersi al giudice per l'inadempienza del marito ad alcuni obblighi essenziali, ottenendo l'annullamento del matrimonio (*faskh al-nikāh*), o avviare una procedura di *khul'*, che consiste nella richiesta di porre fine al matrimonio in cambio di un compenso (solitamente la rinuncia della parte differita di *mahr* e la restituzione di quella già versata). Non vi è, in realtà, consenso sulla natura del *khul'*, sulle condizioni che lo rendono ammissibile e sugli effetti che produce. Richiede come *conditio sine qua non* il consenso del marito? È assimilabile a un *ṭalāq* o al *faskh al-nikāh*? È un atto extra-giudiziale o giudiziale prevede l'intervento del giudice? In merito al compenso, in cosa consiste ed è sempre dovuto? Il Corano è, su questo istituto come su altre questioni, vago e di difficile interpretazione: il versetto 2:229, che dopo avere menzionato il *ṭalāq* prevede la possibilità per una donna di liberarsi tramite riscatto, è solitamente tradotto come segue:

«il ripudio potrà avvenire due volte dopodichè terrete la donna presso di voi, come si conviene, oppure la allontanerete con bontà; e non vi è concesso riprendere nulla di quel che le avete donato; a meno che entrambi non temano

*Pakistan and Family Law*, «Yale Journal of Law & Feminism», 2000, vol. 12, n. 2; Muhammad Z. ABBASI, Shahbaz A. CHEEMA, *Family Laws in Pakistan*, Oxford, Oxford University Press, 2018. Sul diritto di famiglia nel mondo musulmano contemporaneo (soprattutto arabo), L. WELCHMANN, *Women and Family Law Laws in Arab States: A Comparative Overview of Textual Development and Advocacy*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2018. La traslitterazione dei termini arabi è tratta, con variatini minori, dall' *Encyclopaedia of Islam*, Leiden, Brill, 2000. Per i nomi di persone, luoghi, leggi e organismi governativi si è utilizzata la trascrizione comunemente usata in Pakistan: ad es. si parlerà di Corte Federale Shariat.

di non osservare i termini di Dio perchè *se temono di non osservare i termini di Dio*, allora non sarà peccato per loro se la moglie offrirà una compensazione»<sup>2</sup>.

Il versetto può essere tuttavia inteso in maniera diversa: «...*se temete che non osservino i termini di Dio*, allora non sarà peccato per loro se la moglie offrirà una compensazione». Non è una differenza di poco conto: nella prima versione sono i coniugi a determinare se sciogliere o meno il matrimonio; nel secondo caso è qualcun'altro a deciderlo. Di chi si tratta? Significa che la decisione può essere presa indipendentemente dal consenso dei coniugi? A quali condizioni?

La Sunna, vale a dire l'insieme degli *ahādīth* riconducibili al Profeta, non permette di dirimere queste questioni: le raccolte più autorevoli includono la storia di una donna, Habiba (identificata anche come Jamila), che si rivolse al profeta per divorziare. Tutte le versioni di questo *hadīth* concordano che Muhammad le permise di lasciare il marito a condizione che gli restituisse l'orto, che presumibilmente aveva costituito il *mahr*. Altri aspetti invece sono controversi: Habiba addusse come motivazione l'aspetto ripugnante del marito, come riporta il *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*, o, come si evince da altre versioni, il suo comportamento violento? Muhammad parlò in quell'occasione in qualità di giudice, di arbitro o di legislatore? E ordinò al marito di liberare la moglie o chiese il suo consenso?<sup>3</sup>

Le scuole giuridiche diedero interpretazioni discordanti a queste fonti: secondo l'opinione maggioritaria del *fiqh*, il *khul'* era un procedimento extragiudiziale caratterizzato dal versamento al marito di un compenso che poteva essere superiore alla dote, purchè vi fosse il suo consenso; i *malikiti* ritenevano invece che i giudici potessero sciogliere d'ufficio il matrimonio indipendentemente dal consenso dei coniugi e decidere, se la colpa era da attribuire al marito o a entrambi, che nulla gli era dovuto<sup>4</sup>. La materia è estremamente

2. *Il Corano*, a cura di A. VENTURA, IT. Ida Zilio-Grandi. Corsivo mio.

3. In alcune versioni, come quella riportata in *Sayeeda Khanam v Muhammad Sami* (PLD 1952 Lah 113), p. 122, non vi è alcuna menzione dell'assenso: al marito viene ordinato dal profeta di accettare l'orto e «liberare» la moglie.

4. Per una panoramica sulla posizione del *fiqh* sunnita in tema di *khul'* si veda Muhammad MUNIR, *The Law of khul' in Islamic Law and the Legal System of Pakistan*, «LUMS Law Journal», 2015, n. 2, pp. 35-52.

complessa ed esprime appieno quella «casistica indistricabile» che, come osserva Losano, può disorientare il giurista occidentale<sup>5</sup>. Non si tratta, come vedremo, di questioni meramente accademiche. Quando oggi se ne discute, la posta in gioco è la possibilità per le donne di adire a modalità di divorzio senza colpa, e più in generale di essere posta su un piano di parità con il marito nell'ambito familiare. Collegata a questa questione è quella del ruolo del giudice rispetto agli «esperti del sacro» che con la nascita dello Stato moderno e la decolonizzazione sono stati estromessi dal potere giudiziario ma continuano ad esercitare influenza su ampi segmenti della popolazione<sup>6</sup>. Una questione, quest'ultima, la cui importanza è evidente in un'epoca di revivalismo religioso e in uno Stato come il Pakistan la cui identità è ancora controversa<sup>7</sup>.

Nelle prossime pagine vedremo come il *khul'* è stato regolato dai legislatori pakistani e quali sono state le interpretazioni fornite a questa procedura dalla magistratura. Il *khul'*, la cui applicazione nei paesi musulmani contemporanei e nella diaspora ha attirato crescente attenzione<sup>8</sup>, merita di essere studiato in quanto fornisce un esempio di rilettura del diritto islamico classico con il fine di ampliare i diritti riconosciuti alla donna, e, come vedemo nella parte conclusiva, interessanti per le sue implicazioni in termini di autorità religiosa.

## 2. La legislazione pakistana in materia di divorzio su iniziativa della moglie

Alla vigilia dell'indipendenza le principali fonti del Muslim personal law (Pml) alle quali facevano riferimento i giudici

5. Mario G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 326.

6. Sulla questione della graduale emarginazione degli esperti tradizionali si veda Elisa GIUNCHI, *Nel nome di Allah. L'autorità religiosa nell'Islam*, Torino, Jouvence, 2017, che è nato da un seminario che avevo tenuto presso l'Accademia delle scienze di Torino su invito di Mario G. Losano.

7. Si veda, su questo argomento, sul quale sono stati spesi fiumi di inchiostro, Farzana SHAYKH, *Making Sense of Pakistan*, London, Hurst, 2009.

8. Si veda ad es. Nadia SONNEVELD, *Khul' Divorce in Egypt: Public Debates, Judicial Practices, and Everyday Life*, Cairo, American University of Cairo Press, 2012; Rubya MEHDI et al. (eds.), *Interpreting Divorce Laws in Islam*, Copenhagen, DJOF, 2012; Elisa GIUNCHI (ed.), *Adjudicating Family Law in Muslim Courts*, Abingdon, Routledge, 2012.

in India erano i precedenti delle High Courts indiane e del Judicial Committee del Privy Council e alcuni atti, tra cui il Child marriage restraint act (1929), il Dissolution of Muslim Marriage Act (1939) – noto come Dmma – e l'Application of Muslim Personal Law (Shariat) Act (1937). Sebbene il *madhāb* prevalente nel subcontinente indiano fosse quello hanafita e a questa scuola si ispirassero i compendi di diritto islamico consultati da avvocati e giudici, il Dmma, tutt'ora in vigore, trae ispirazione soprattutto dal diritto malikita, più liberale in materia di statuto personale, e prevede quindi un'ampia gamma di circostanze alla presenza delle quali una moglie può avviare una procedura di *faskh al-nikāh*: l'assenza del marito per almeno 4 anni, il mancato mantenimento per 2 anni, l'impossibilità del marito di svolgere i suoi doveri coniugali per 3 anni, la sua detenzione per almeno 7 anni, l'impotenza perdurante dalla data del matrimonio, la lebbra, malattie mentali, o veneree che durano da almeno 2 anni, crudeltà verso la moglie di natura fisica, economica e psicologica<sup>9</sup>. A queste opzioni si aggiunge una peculiarità hanafita: la donna che è stata data in sposa prima di avere raggiunto la pubertà, può, al raggiungimento della maggiore età, richiedere l'annullamento del matrimonio a condizione che sia ancora vergine. Il Dmma prevede infine che una donna ottenga il divorzio per «qualsiasi altra causa [che sia] valida secondo il diritto islamico», una formulazione vaga che implicitamente si riferiva anche al *khul'*, che non era menzionato dal testo di legge e che a lungo non sarebbe stato regolato.

Prima della Partition i giudici, soprattutto quelli inglesi e indù, erano restii ad applicare le clausole del Dmma. In Inghilterra, del resto, il divorzio era stato introdotto solo nel 1937 e il diritto indù, per lo meno nella sua versione testuale, non riconosceva il divorzio. Le circostanze necessarie per un *faskh* erano raramente considerate accertate; in quanto

9. La crudeltà è definita alla sezione II come segue: «(a) habitually assaults her or make her life miserable by cruelty, of conduct, even if such conduct does not amount to physical ill-treatment, or (b) associates with women of evil repute or leads an infamous life, or (c) attempts to force her to lead an immoral life, or (d) disposes of her property or prevents her from exercising her legal rights over it, or (e) obstructs her in her observance of her religious profession of practice, or (f) if he has more wives than one, does not treat her equitably in accordance with the injunctions of the qur'an, (ix) or any other ground which is recognised as valid for the dissolution of marriages under Muslim law».

al *khul'*, era assimilato a un divorzio per colpa che richiedeva il consenso del marito, conformemente al diritto hanafita e alla posizione maggioritaria del *fiqh*. L'incompatibilità tra coniugi o la semplice avversione verso il marito non erano considerati sufficienti<sup>10</sup>; occorreva peraltro, come dichiarò la corte in un caso, evitare che le donne, «volubili e impressionabili» per natura, divorziassero per motivi futili, rendendo l'istituto del matrimonio «una farsa»<sup>11</sup>. Dopo la nascita del Pakistan, nel 1947, inizialmente i casi ascoltati dalle corti continuarono a essere pochi: all'infuori dell'élite urbana, le donne pakistane non conoscevano i propri diritti e le procedure da seguire, né avevano la disponibilità economica necessaria per rivolgersi a un avvocato; vivendo presso la famiglia estesa del marito e in situazioni di semi-reclusione, non avevano la possibilità, inoltre, di addurre prove e testimonianze che suffragassero una richiesta di *fashk al-nikāh*. I giudici, inoltre, inizialmente facevano riferimento, per colmare le lacune legislative in materia di Pml, a compendi di diritto anglo-muhammadico che si riferivano al *madhāb* hanafita, con la conseguenza che il *khul'* continuava a essere autorizzato solo a condizione che vi fosse il consenso del marito.

In seguito alle critiche mosse al governo dalla All Pakistan Women's Association (Apwa), nel 1955 fu costituita una Commissione con il compito di suggerire come riformare il Pml e riconoscere alle donne nuovi diritti nella sfera familiare<sup>12</sup>. Nella sua relazione finale la Commissione raccomandò una serie di misure; tra queste, l'introduzione di norme che regolassero il *khul'*. Quando andò al potere con un colpo di stato il generale Ayub Khan, esponente di una élite moderna e secolare, si approfondì il tentativo da parte del governo di ampliare i diritti della donna disconstandosi dal diritto islamico. La Muslim Family Law Ordinance (Mflo) del 1961, che emendava il Dmma e altri atti di epoca coloniale, pose diversi vincoli alle tradizionali prerogative maschili e al contempo ampliò i diritti della donna: venne tra le altre cose innalzata l'età minima del matrimonio, si

10. *Mst Umar Bibi v Muhammad Din* (1944 ILR 25 Lah. 542), p. 547.

11. *Ibidem*.

12. Si veda Anita M. WEISS, *Interpreting Islam, Modernity, and Women's Rights in Pakistan*, New York, Palgrave Macmillan, 2004, p. 22 ss.

rese obbligatoria la registrazione di matrimonio e divorzio, e si stabilì che se un uomo avesse sposato un'altra moglie senza adempiere alle formalità di cui alla Mflo la prima moglie avrebbe potuto richiedere il divorzio<sup>13</sup>. I legislatori decisero tuttavia, per non alienarsi eccessivamente gli ambienti religiosi tradizionalisti, di non accogliere tutte le raccomandazioni della Commissione, e in particolare di non regolare il *khul'*, che sollevava questioni delicate inerenti non solo al rapporto uomo-donna ma anche a quello tra esperti del sacro ed élites laiche.

Nel 1964, il West Pakistan Family Courts Act diede vita a tribunali di famiglia (*family courts*) con giurisdizione esclusiva su una serie di questioni tra cui il divorzio, con la conseguenza di ridurre i tempi e, quindi, i costi dei procedimenti giudiziari. Una delle clausole dell'Atto, inoltre, chiariva che il *khul'* era incluso tra le modalità di divorzio ammesse per legge. Pochi anni dopo Ayub Khan lasciò il potere, e si interruppero per diversi decenni i tentativi di ampliare i diritti della donna nella sfera familiare. Sotto il generale Zia ul-Haq, che andò al potere con un colpo di stato nel 1977, furono anzi promulgate diverse leggi, inerenti per lo più all'ambito penale, che si rivelarono penalizzanti per la popolazione femminile<sup>14</sup>. Nel "decennio democratico" (1988-1999) in cui si alternarono al potere Benazir Bhutto e Nawaz Sharif queste leggi non furono stralciate, e nessuna riforma fu introdotta in materia di statuto personale. Quando nel 1999 andò al potere con un colpo di stato il generale Pervaiz Musharraf, che condivideva l'orientamento secolare di Ayub Khan e poteva permettersi, a differenza della Bhutto e di Sharif, di ignorare la volontà parlamentare, si riformarono alcuni aspetti delle leggi introdotte da Zia e si mise nuovamente mano al Personal Muslim Law (Pml) con il fine di migliorare la condizione femminile. Nel 2002 The Family Courts (amendment) Ordinance regolò finalmente la pratica del *khul'*: allineandosi con le posizioni che

13. Testo consultabile al link <https://www.refworld.org/pdfid/4c3f1e1c2.pdf>.

14. Rybya MEHDI, *The Islamization of the Law in Pakistan*, London, Curzon, 1994; Elisa GIUNCHI, *L'estremismo islamico e la condizione femminile in Pakistan*, Torino, L'Harmattan, 1999; Asma JAHANGIR, Hina GILANI, *The Hudood Ordinance: A Divine Sanction? A Research Study of the Hudood Ordinances and Their Effect on the Disadvantaged Sections of Pakistan Society*, Lahore, Sang-e-Meel Publications, 2003.

erano emerse nei decenni precedenti nella giurisprudenza, l'Ordinanza, che emendava il Family Courts Act del 1964, stabilì che nel caso in cui nessun compromesso o riconciliazione tra i coniugi fosse stata possibile la *family court* avrebbe sciolto il matrimonio per *khul'* senza che la moglie fosse tenuta a giustificare la propria richiesta e ad addurre prove, e senza ottenere il consenso del marito, purché gli restituisse la parte di *mahr* già corrisposta, rinunciasse alla parte che non le era stata ancora versata e dichiarasse di non poter vivere con lui «entro i limiti prescritti da Allah». Seguendo l'esempio del governo centrale, nel 2015 l'Assemblea provinciale del Punjab emendò l'atto del 1964 stabilendo un tetto per il compenso dovuto al marito dalla moglie. Nel 2006 il Protection of Women (criminal law amendment) Act ampliò ulteriormente i diritti della donna nell'ambito familiare: la legge stabiliva, infatti, che una moglie potesse ottenere il divorzio in seguito al giuramento imprecatorio, previsto dal *fiqh* ma fino ad allora non regolato dalla legge pakistana<sup>15</sup>.

Fino ad oggi i casi di divorzio in seguito a *li'ān*<sup>16</sup> sono stati in realtà pochissimi. In quanto alle altre possibilità di divorzio riconosciute dalla legge, il *ṭalāq* delegato è raramente inserito nel contratto matrimoniale, e le *family courts* tendono a considerare infondate le richieste di *faskh* e non sono propense a ricorrere al *khul'*.<sup>17</sup> La magistratura superiore, tuttavia, come vedremo nelle prossime pagine, ha fatto ricorso a quest'ultima modalità con crescente frequenza e, anticipando e ampliando le riforme introdotte dai legislatori, si è adoperata per limitare gli effetti penalizzanti del *khul'* e per equipararlo a un divorzio senza colpa.

257

### 3. Il *khul'* nella prassi giurisprudenziale

Nel decennio successivo alla Partition le corti decisero di non accogliere le richieste di divorzio tramite *khul'* in situazioni in cui mancava il consenso del marito e non vi erano

15. Pur essendo menzionato nella *Ordinance of qazf enforcement of hadd* del 1979, il *li'an* non era mai stato regolato.

16. Forme arcaiche di divorzio come *ila* e *zihar* sono assimilate al *ṭalāq* e avvengono, come il *li'an*, su iniziativa del marito.

17. Per alcuni di questi casi vedi Lucy CARROL, *Qur'an 2 229 A Charter Granted to the Wife? Judicial Khul' in Pakistan*, «Islamic Law and Society», 1996, vol. 3, n. 1, p. 96 ss.

motivazioni “valide”. Nel 1959 avvenne la svolta: in *Balqis Fatima v. Najam ul-Ikram Qureshi* la High Court di Lahore stabilì<sup>18</sup> il principio secondo il quale una donna che non può addurre sufficienti prove per ottenere un *faskh al-nikāh* secondo i termini del Dmma può avviare un procedimento di divorzio tramite *khul’* anche senza il consenso del marito, purché rinunci ai propri diritti economici. Per giustificare questa posizione si fece riferimento al versetto 2:229, sottolineando che non richiedeva il consenso del marito. Poco importava che il *fiqh* nel suo insieme considerasse il consenso indispensabile: i testi religiosi derivati, si osservò, non possono avere preminenza sulle fonti primarie: «se sappiamo con certezza qual è il significato di un versetto coranico abbiamo il dovere di dare effetto all’interpretazione indipendentemente da quanto è stato detto dai giuristi»<sup>19</sup>. Il Corano stesso, invitando in più punti i credenti a obbedire a Dio e al suo profeta, sottolineava che occorreva dare precedenza al testo coranico, che per i musulmani è parola di Dio, e al comportamento del profeta, considerato un commento vivente al Corano, rispetto a interpretazioni date da esseri umani fallibili in un determinato periodo storico. Il Corano corroborava anche, secondo la corte, che fosse il giudice a pronunciare il *khul’* in assenza del consenso del marito: la frase «se temete» si rivolgeva allo stato e ai suoi funzionari: «La questione è se è il marito o l’autorità nominata dallo stato a determinare se la relazione [matrimoniale] debba continuare, e la risposta deve essere che è l’autorità nominata dallo stato e che la questione non dipende dalla benevolenza del marito»<sup>20</sup>. La corte si avvaleva anche della Sunna per corroborare la propria posizione: Muhammad aveva, nel caso di Habiba, ordinato lo scioglimento del vincolo matrimoniale agendo in qualità di *qāḍī*. La corte si appellava, infine, alla ragione: «non sembra ragionevole che mentre uno dei membri contraenti [del matrimonio] ha pieni poteri di porre fine al contratto, non sia riconosciuto all’altra parte alcun diritto»<sup>21</sup>. Va sottolineato tuttavia che non si sosteneva che i coniugi potessero divorziare su

18. *Balqis Fatima v. Najam ul-Ikram Qureshi* (PLD 1959 Lah. 566).

19. *Ivi*, p. 584.

20. *Balqis Fatima*, cit., p. 579.

21. *Ivi*, pp. 581-2.

un piano di parità: il giudice avrebbe dovuto accertare che una convivenza “armoniosa” non fosse più possibile prima di pronunciarsi a favore della moglie, mentre le autorità erano tenute a registrare il *ṭalāq* senza porsi, e senza porre, alcuna domanda, purché le condizioni formali relative alla registrazione fossero rispettate.

La decisione presa in *Balqis Fatima* va contestualizzata: Ayub Khan era andato al potere l'anno precedente, e con lui una elite secolare e riformista; iniziava inoltre a farsi strada nella magistratura superiore l'idea che il riconoscimento di nuovi diritti dovesse essere articolato in un linguaggio islamico per ottenere consensi e radicarsi nella coscienza collettiva. Un'idea, questa, che nei decenni successivi si sarebbe diffusa tra giudici cosmopoliti desiderosi di dare dell'islam una reinterpretazione che fosse conforme alle garanzie in tema di diritti umani previste dal testo costituzionale pakistano.

La posizione della High Court di Lahore fu confermata nel 1967 dalla Corte Suprema<sup>22</sup>. In *Khurshid Bibi v. Baboo Muhammad Amin* la corte argomentò che il Corano e la Sunna pongono uomini e donne su un piano di uguaglianza: nel caso in cui il marito si opponga alla richiesta di divorzio della moglie, il giudice può, quindi, ordinare lo scioglimento del matrimonio se accerta che i coniugi non possono «vivere in armonia e in conformità alle loro obbligazioni»<sup>23</sup>. Il *khul'* diventa un divorzio senza colpa, anche se alla moglie spetta convincere la corte che la continuazione del matrimonio indurrebbe uno dei due coniugi ad oltrepassare i termini di Dio. In merito al ruolo delle corti in un procedimento che tradizionalmente avveniva sul piano extragiudiziale, il giudice, secondo la Corte Suprema, è da considerarsi una di quelle persone che «detengono autorità» (*ulu al-amr* nel Corano al versetto 4: 59) ed è tenuto, nell'esercizio delle sue funzioni, ad applicare la parola di Dio e non il *fiqh*, che è opera umana: «se le opinioni dei giuristi contraddicono il Corano e la Sunna non sono vincolanti per le corti, ed è nostro dovere, *in quanto veri musulmani*, obbedire alla parola di Dio e al santo profeta»<sup>24</sup>. Reinterpretando i testi fondanti

22. *Khurshid Bibi v. baboo Muhammad Amin* (PLD 1967 SC 97).

23. *Ivi*, p. 121.

24. *Ivi*, p. 141. Corsivo mio.

dell'islam i giudici quindi non facevano che dare preminenza al volere divino rispetto alle elucubrazioni sviluppate in epoca medievale: erano loro, quindi, implicitamente, i “veri musulmani”.

Va sottolineato che ai coniugi non venivano riconosciute uguali possibilità di divorziare. Sia nel 1959 che nel 1967 i giudici sottolinearono che spetta alle corti stabilire se i limiti di Allah rischiano o meno di essere violati. Non si poteva certo permettere, si legge in *Balqis Fatima*, che la donna divorziasse «per ogni impulso di passaggio»<sup>25</sup>. Era il giudice a decidere se le sue motivazioni erano “valide”. Nel caso del *ṭalāq*, invece, alle autorità competenti spettava il dovere di registrare un atto che era avvenuto extragiudizialmente e senza giusta causa. Per rimediare a questo disequilibrio, e contro la tendenza delle corti inferiori a chiedere alle donne di giustificare la propria richiesta, dagli anni Ottanta le High Courts hanno sostenuto in alcuni casi che per pronunciare il divorzio è sufficiente accertarsi «che la moglie sia genuinamente determinata a dissolvere il matrimonio», senza che debba essere prodotta alcuna prova<sup>26</sup>. Anche la Corte Suprema ha considerato la semplice richiesta di divorziare presentata dalla moglie sufficiente a provare la sua avversione nei confronti del marito. Avversione che di per sé impedisce la continuazione della vita matrimoniale «entro i termini di Dio»<sup>27</sup>.

Nel 2014 anche la Corte Federale Shariat (Cfs), che era stata istituita nel 1980 come corte d'appello per le Ordinanze *ḥudūd* e per pronunciarsi sull'islamicità delle leggi e proposte di legge, si espresse sul *khul'* in risposta a una petizione in cui si sosteneva che la legge del 2002 violava i dettami islamici. La corte dichiarò che il *khul'* non deve necessariamente avere il consenso del marito, poichè il Corano non prevede alcuna forma di discriminazione: «ovviamente l'islam non intende obbligare una moglie a vivere una vita miserabile, in un'unione odiosa e infelice,

25. *Balqis Fatima*, cit., p. 593.

26. *Muhammad Yasin v. Mst Rafia Bibi* (PLD 1983 Lah. 377), p. 382. Si veda anche *Mst Rashidan Bibi v. Basir Ahmad* (PLD 1983 Lah. 549), *Mst Shakila Bibi v. Muhammad Farooq* (1994 CLC 231).

27. *Mst Naseem Akhtar v. Muhammad Rafiq* (PLD 2005 SC 293); *Abdul Rasheed v. Judge family court* (2010 CLC 797), *Abdul Hameed v. Rubina Bibi* (2010 CLC 1681).

per sempre»<sup>28</sup>. La Corte decideva quindi di discostarsi dal *fiqh* e dalla stessa posizione hanafita in nome della preminenza del Corano e della Sunna. La portata della decisione appare in tutta la sua evidenza se si tiene a mente che la Cfs include anche degli *'ulamā'*, che del *fiqh* sono i custodi. Che anche queste figure possano condividere almeno in parte le posizioni emerse nella prassi giurisprudenziale è confermato dal fatto che pochi anni prima, nel 2008, il Consiglio di Ideologia Islamica aveva raccomandato al governo di equiparare il *khul'* al *talāq*: se entro 90 giorni dalla richiesta di *khul'* il marito non avesse pronunciato il *talāq*, si sostenne, il matrimonio avrebbe dovuto essere considerato automaticamente sciolto. Il consenso del marito era considerato irrilevante, quindi, contro l'opinione prevalente nel *fiqh*, anche se il procedimento di divorzio tramite *khul'* doveva svolgersi fuori dai tribunali, in conformità al *fiqh*.

Sebbene, come si è visto, la magistratura superiore e la stessa Cfs abbiano reinterpretato il diritto islamico in modo da avvicinare il *khul'* a un divorzio senza colpa, le donne pakistane tendono a ricorrere a questa modalità solo quando altre vie non sono percorribili: si chiede di preferenza di sciogliere il vincolo matrimoniale tramite *faskh* e, solo nel caso in cui la richiesta non sia considerata sostanziata, di ricorrere al *khul'*. Due i motivi principali: innanzitutto, il ricorso al *khul'* è associato nell'immaginario collettivo a una responsabilità della moglie, a un suo capriccio; in secondo luogo, implica un costo. Il "riscatto" dovuto al marito non è un problema di poco conto, soprattutto se a divorziare sono donne che non hanno proprie fonti di reddito e non sono sostenute dalla famiglia d'origine. In diversi casi la prospettiva del compenso ha tra l'altro indotto il marito che comunque voleva divorziare a non ricorrere al *talāq*, che comporta il pagamento della quota differita di *mahr*, ma a costringere la moglie a presentare una richiesta di *khul'*. Per risolvere questo problema le High Courts hanno sostenuto che se la moglie non chiede in maniera specifica la dissoluzione per *khul'* la corte non dovrebbe concedere il divorzio secondo questa modalità; se la moglie è obbligata dal marito a richiedere il *khul'*, inoltre, il compenso dovuto

28. *Saleem Ahmed v. Government of Pakistan* (PLD 2014 FSC 43).

va ridotto a discrezione delle corti; se la fine del matrimonio è da imputare al marito, non vi sarà alcun compenso<sup>29</sup>. Il mancato versamento del riscatto, inoltre, non inficia la validità del *khul'*<sup>30</sup>; nella determinazione della somma dovuta vanno inclusi i servizi resi dalla moglie durante la vita matrimoniale e il "riscatto" non può in ogni caso essere superiore al *mahr*<sup>31</sup>.

#### 4. Conclusioni

In Occidente la *šarī'ah* è solitamente associata alla disegualianza di genere e l'islamizzazione del diritto è visto come sinonimo di perdita di diritti. Non necessariamente, come abbiamo visto, le cose stanno così: dalla fine degli anni Cinquanta le corti superiori pakistane, convinte, conformemente al modernismo di Aligarh, che il ritorno all'islam potesse costituire un veicolo di emancipazione, hanno fatto riferimento ai testi fondanti dell'islam con il fine di migliorare la condizione femminile. In un serie di casi, le High Courts e la Corte Suprema, in contraddizione alla posizione maggioritaria del *fiqh*, hanno trasformato il *khul'* in un divorzio senza colpa e l'hanno reso meno oneroso dal punto di vista economico, nel tentativo di colmare la distanza esistente tra la legislazione in tema di Pml e il principio di uguaglianza e non discriminazione contenuto nell'art 25 della Costituzione. «Il ritorno all'antico», al quale Losano dedica alcune pagine del suo *I grandi sistemi giuridici*<sup>32</sup>, può tradursi quindi in un adeguamento del diritto islamico a nuove sensibilità e circostanze. L'islam, che nelle intenzioni degli ambienti tradizionalisti e islamisti dovrebbe difendere una costruzione patriarcale, consente, nelle mani di giudici progressisti, di scardinare questa costruzione. L'attivismo giudiziario pakistano in tema di *khul'*, che ha anticipato importanti riforme

29. Si vedano i casi discussi in Muhammad MUNIR, *The Rights of Women and Role of Superior Judiciary in Pakistan with Special Reference to Family Law Case from 2004-2008*, «Pakistan Journal of Islamic Research», 2009, n. 3, p. 285. Anche la Corte Suprema ha avallato questa posizione: si veda *Dr. Nosheen Qamar v. Shah Zaman Khattak* (PLD 2007 SC 103)

30. *Mst Nabila Safdar v. Muneer Anwar* (PLD 2000 SC 560), *Bibi Feroza v. Abdul Hadi* (2014 CLC 60).

31. *Abdul Rashid v. Shaheeda Parveen* (2013 YLR 2016).

32. LOSANO, *op. cit.*, pp. 364-372.

legislative in altri paesi<sup>33</sup> e ha riguardato anche altri ambiti<sup>34</sup>, ha avuto tra i suoi effetti quello di rafforzare l'autorità religiosa dei giudici. Reinterpretando le fonti primarie del diritto islamico, i giudici delle corti superiori hanno, infatti, assimilato se stessi ai *qāḍī*. La stessa Cfs nel già citato *Saleem Ahmed v. Government of Pakistan* ha confermato che i giudici laici che siedono nei tribunali possono tornare al Corano per adattarlo a nuove esigenze; possono, cioè, praticare l'*ijtihād*, un tempo di esclusiva pertinenza degli "*ulamā*". Lo stesso ordinamento giuridico avvallà implicitamente questa posizione: l'art.2-A della Costituzione, introdotto nel 1985, impegna lo Stato a far sì che le leggi siano conformi al Corano e la Sunna, non al *fiqh*. L'Enforcement of Shariat Act del 1991 afferma che nell'interpretazione del diritto islamico «si seguiranno i principi riconosciuti di interpretazione e spiegazione del corano e della sunna e potranno essere presi in considerazione le esposizioni e opinioni dei giuristi riconosciuti dell'islam appartenenti alle scuole di giurisprudenza simica prevalenti»: nonostante il linguaggio (volutamente) vago (di quali scuole si tratta? Anche del *madhāb* jafarita seguito dagli sciiti, che in Pakistan sono una minoranza consistente?), il *fiqh* è chiaramente subordinato alle fonti primarie, che possono essere conosciute, per quanto superficialmente, anche da individui che non hanno compiuto studi religiosi approfonditi. Implicitamente, si conferma l'autorità religiosa di chi ha del *fiqh* una conoscenza approssimativa, ma è un funzionario dello Stato, rispetto a chi ha trascorso lunghi anni di studio nelle madrasa ma non ricopre alcun ruolo nell'apparato statale.

L'«iperattivismo dei giudici» pakistani, secondo alcuni autori, esprime una riconfigurazione del rapporto di potere tra il potere giudiziario, i militari e le elite politiche ed economiche<sup>35</sup>. Da altri è stato messo in luce come, nell'in-

33. WELCHMANN, *op. cit.*, pp. 116-119. Sulla legge n. 100/2000 promulgata in Egitto e le sue conseguenze si veda NADIA SONNEVELD, *op. cit.*

34. Si veda a riguardo MUNIR, *The rights*, cit.

35. Si vedano Sanaa AHMED, *Supremely Fallible? A Debate on Judicial Restraint and Activism in Pakistan*, «ICL Journal», 2015, vol. 9, n. 2; Sabihuddin AHMED, *Equality among Unequals: The Power of Pakistani Courts to Enforce Fundamental Rights*, in Kazim HASSAN et al. (eds.), *Law in a World of Change. Selected Essays in the Memory of Justice Sahibuddin Ahmed*, Pakistan Law House, 2012; Moin CHEEMA, *The Chaudhry Court: Rule of Law or Judicialisation of Politics?*, in Muhammad H. CHEEMA, Ijaz Shafiq GILANI (eds.), *The Politics and Jurisprudence of the Chaudhry Court, 2005-2013*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

tenzione per lo meno di alcuni giudici delle corti superiori, l'islamizzazione del diritto abbia il fine di radicare il *rule of law* e i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione contro le tendenze illiberali dei movimenti islamisti e delle élite militari che più volte sono andate al potere con un colpo di stato<sup>36</sup>. L'attivismo giudiziario pakistano è, infine, ricondotto da alcuni a quella "teocrazia costituzionale" che in diversi paesi consente al governo, in un contesto di crescenti spinte rivivaliste, di delegare al potere giudiziario questioni delicate e controverse inerenti all'identità collettiva e al rapporto tra Stato e religione<sup>37</sup>.

Ciò che è indubbio è che la popolarità dei giudici pakistani, che negli ultimi decenni sono assurti in diverse occasioni a paladini della democrazia e della lotta alla corruzione, pur comportando dei rischi può attirare consensi crescenti a una rilettura delle fonti religiose che riconosca nuovi diritti o che, detto altrimenti, articoli i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione in modo da renderli, nella coscienza collettiva, inviolabili. Non si può quindi che concordare con Lombardi quando afferma che «alla presenza di determinate circostanze, l'islamizzazione, o almeno un certo tipo di islamizzazione, può essere qualcosa non solo da tollerare, ma da incoraggiare e facilitare»<sup>38</sup>. Tra le condizioni essenziali affinché ciò avvenga vi è il background e l'orientamento della magistratura. Che questo sia un elemento rilevante è indicato dal fatto che le corti inferiori, i cui giudici non sempre appartengono alle élites moderniste e cosmopolite che siedono nella Corte Suprema, tendono ancora a richiedere nei casi di *khul'* il consenso del marito, in violazione del principio di *stare decisis*. L'entrata nella magistratura superiore di elementi sensibili all'ideologia islamista o a idee tradizionaliste, una eventualità che non si può escludere, potrebbe naturalmente far sì che l'attivismo giudiziario delle corti superiori assuma una valenza nuova, in linea con l'orientamento delle *family courts*, vanificando l'ampliamento dei diritti avvenuta in nome dell'islam negli ultimi decenni.

36. Clark B. LOMBARDI, *Can Islamizing a Legal System Ever Help Promote Liberal Democracy? A View from Pakistan*, «University of St. Thomas Law Journal», vol. 7, n. 3, 2010.

37. Ran HIRSCHL, *Juristocracy vs. Theocracy: Constitutional Courts and the Containment of Sacred Law*, «Middle East Law and Governance», 2009, n. 1, pp. 130-133.

38. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 691. Corsivo nel testo.

aAaAa/

€ 38,00



ISSN 2724-6736



9 788831 978910