

LE CONSUETUDINI RELIGIOSE: UN CONTRIBUTO DELLA STORIA DEL DIRITTO IN UN CONTESTO DI LIBERTÀ RELIGIOSA E PLURALISMO CULTURALE

MATTEO NACCI

Profesor de Historia del Derecho Canónico

Pontificia Universidad Lateranense

RESUMEN: El presente estudio, sobre el valor de la costumbre en los sistemas jurídicos confesionales, parte de la compleja relación entre el derecho, la libertad religiosa y el pluralismo cultural, cuya importancia vital en las sociedades modernas es indiscutible. Tras algunas aclaraciones terminológicas sobre los tres conceptos indicados, se analiza la disciplina de la costumbre en el derecho canónico, en el derecho musulmán y en el derecho judío, procediendo a la sucesiva comparación sobre el régimen que regula dicha institución en cada sistema. Objetivo principal de la propuesta que anima esta reflexión es incentivar el conocimiento de la historia y de las tradiciones jurídicas religiosas, sosteniendo que de las mismas se desprenden lecciones útiles para afrontar los retos que presenta en la era de la globalización el intenso pluralismo cultural que caracteriza la caracteriza.

ABSTRACT: This work is based on three principal points, through which it is possible to throw some light on topics that are of central significance for every society: law, religious freedom, cultural pluralism. After some preliminary clarifications of terminology on these concepts, the custom discipline's in Canon, Islamic and Jewish law will be analyzed through a comparative approach. The work is aimed at verifying how much 'History' can provide sound theoretical proposals for the solution of current matters of importance, such as the cohabitation in the same society of different rights and religions, main consequence of the globalization.

PALABRAS CLAVE: historia del derecho; libertad religiosa; globalización; pluralismo cultural; costumbre; derecho canónico; derecho judío; derecho musulmán; comparación jurídica.

KEY WORDS: history of law; religious freedom; globalization; cultural pluralism; custom; canon law; jewish law; muslim law; legal comparison.

SUMARIO: I. INTRODUZIONE. II. CHIARIMENTI TERMINOLOGICI. II. 1 IL CONCETTO DI DIRITTO. II. 2 IL CONCETTO DI LIBERTÀ RELIGIOSA. II. 3 IL CONCETTO DI PLURALISMO CULTURALE. III. ANALISI DELLA CONSUETUDINE NEI DIRITTI RELIGIOSI. III. 1 LA CONSUETUDINE NEL DIRITTO CANONICO. III. 2 LA CONSUETUDINE NEL DIRITTO MUSULMANO. III. 3 LA CONSUETUDINE NEL DIRITTO EBRAICO. IV. APPROCCIO COMPARATISTICO. IV. 1 L'ATTUALITÀ DELLA COMPARAZIONE DEI DIRITTI RELIGIOSI. IV. 2 RISULTATI DELLA COMPARAZIONE DELLA CONSUETUDINE RELIGIOSA. V. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE

La presente riflessione intende porsi nella prospettiva in cui il contributo della storia del diritto risulta più utile: essere punto di riferimento, potenzialmente illuminante, per affrontare questioni attuali che esigono risposte nuove ed adeguate dall'ordinamento giuridico.

Un problema attuale, al quale rapportare le eventuali 'lezioni' della storia del diritto, è costituito dalle preoccupanti tensioni che pone ai singoli ordinamenti europei una tra le realtà più incalzanti annesse al fenomeno della globalizzazione: il pluralismo culturale, di forte radice religiosa, che necessita di essere coniugato con le varie modalità in cui ciascuna delle costituzioni dei Paesi maggiormente interessati dal flusso migratorio regola la questione della libertà religiosa¹.

¹ La globalizzazione 'costringe' lo studioso di sistemi giuridici religiosi a valutare la portata degli stessi sulla base degli effetti di tale fenomeno, quali, ad esempio, la 'tenuta' dei sistemi giuridici in rapporto alla loro più o meno marcata elasticità e alla possibilità di sopportare il flusso dirompente e inarrestabile della globalizzazione, capace di spezzare gli argini e i 'porti tranquilli' delle religioni, soprattutto quelle del 'libro', meno capaci di modellarsi all'ideale modello di 'comunità

Più precisamente, il dato storico sul quale volgeremo l'attenzione è la consuetudine, fonte giuridica, ma soprattutto riflesso qualificato di un'identità culturale e religiosa. Perciò, la consuetudine appare di particolare utilità per affrontare le nuove esigenze del pluralismo culturale nel quadro del diritto alla libertà religiosa. Analizzeremo la consuetudine nel diritto canonico, musulmano ed ebraico. A nostro avviso, la loro comparazione consente di affermare che il fenomeno della consuetudine, in materia religiosa, suggerisce di delineare il quadro giuridico del nuovo pluralismo religioso, che si affaccia ai Paesi europei, in una prospettiva di positiva interazione tra le varie tradizioni religiose e il bene comune di ogni singola società.

II. CHIARIMENTI TERMINOLOGICI

La convinzione or ora dichiarata obbliga però ad enucleare, pur in estrema sintesi, alcuni aspetti inerenti ciascuno dei termini che intendiamo porre in relazione con l'esperienza della consuetudine religiosa. Sia il concetto di diritto, di libertà religiosa che di pluralismo culturale, sono suscettibili di approcci diversi, ma alcuni di essi non appaiono compatibili con la ricchezza giuridica racchiusa nella storia della consuetudine.

II. 1 Il concetto di diritto

Rispetto al concetto di diritto, è sufficiente richiamare l'obbligata sua distinzione dalla legge positiva. La consuetudine è uno dei molti fenomeni giuridici che dimostrano la differenza tra il senso di giustizia e la semplice costruzione di comandi giuridici astratti entro i quali far rientrare i fenomeni della vita degni di tutela. È chiaro allora che solo intendendo il diritto come aspirazione alla giustizia, può essere utile l'illuminazione storica che proviene dalla consuetudine di natura religiosa².

liquide'. Cf. N. COLAIANNI, *Eguaglianze e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna 2006, 109-114. Si veda, inoltre, M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione - Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000; S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Bologna 2008, 10-13.

² Si consenta il rinvio a M. NACCI, *Consuetudo in Ecclesia Christi*, Roma 2009.

II. 2 Il concetto di libertà religiosa

Rispetto al concetto di libertà religiosa, il cui contenuto è riconosciuto tra i diritti umani³, il nodo problematico viene rappresentato dal diverso modo di configurare giuridicamente il limite che, nei confronti di essa, rappresenta l'ordine pubblico, specialmente nell'orizzonte condiviso di laicità dello Stato⁴.

A grandi linee, le modalità che si pongono come alternative per configurare tale limite giuridico, possono essere ricondotte a due. La prima modalità, restrittiva o minimalista, si traduce nell'assicurare soprattutto l'estromissione del fenomeno religioso dalla vita pubblica, prospettando l'intervento giuridico in termini di mera tolleranza; questa prospettiva sarebbe ulteriormente giustificata dal nuovo pluralismo religioso, per non inficiare l'assoluta neutralità dello Stato né creare discriminazioni tra le varie religioni; è come se il presupposto di questa prima modalità fosse la speciale sensibilità dinanzi al rischio di una 'guerra di religioni', capace di alterare l'ordine giusto, e che in modo alcuno può avere ingresso in un ordinamento giuridico.

Viceversa, la consuetudine permette di ravvisare nelle tradizioni religiose un elemento di importante coesione umana, capace di fortificare i valori dell'ordine pubblico comune, promuovendo, quindi, una modalità di intervento dell'ordinamento giuridico in grado di 'sommare', anziché di solo arginare, il contributo del fenomeno religioso nella vita sociale⁵.

II. 3 Il concetto di pluralismo culturale

Anche il concetto di pluralismo, quale dato riferibile all'arrivo di più culture in società abituate al monolitismo culturale, è suscettibile di approcci diversi; da ciascuno di essi potrebbe derivare una modalità di intervento altrettanto diversa

³ Il diritto alla libertà religiosa è riconosciuto all'art. 18 della Dichiarazione dei Diritti Umani insieme alla libertà di pensiero e di coscienza. Il medesimo articolo stabilisce, come contenuti della libertà religiosa, il diritto di cambiare religione, la libertà di manifestarla isolatamente o in comune, sia in pubblico che in privato.

⁴ Per esempio, l'art. 16. 1 della Constitución Española, garantisce la libertà religiosa e di culto degli individui e delle comunità "sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley".

⁵ Sui limiti dell'approccio minimalista verso il diritto alla libertà religiosa, cf. R. FISICHELLA, *Nel mondo da credenti*, Milano 2007, 49-66.

dell'ordinamento giuridico. Sul punto che a noi interessa, gli approcci da individuare possono essere ricondotti a tre orientamenti.

In primo luogo, la *prevaricazione culturale*, concetto con il quale si esprime l'indebito predominio di una cultura sulle altre, tanto nel pensiero quanto nelle legislazioni e soprattutto nei comportamenti; molte ragioni antropologiche possono addursi sui limiti di questo orientamento; la più chiara è che, tra i fenomeni umani, quello religioso è il meno adatto per essere affrontato giuridicamente in termini di prevaricazione culturale, in quanto radicato nelle più intime convinzioni personali e collettive.

In secondo luogo, l'*interculturalità*, intesa come la creazione di rapporti orizzontali tra le diverse culture sulla base del presupposto consistente nell'accettazione del valore 'relativo', su una questione pratica, della propria cultura.

Infine, il concetto di *dialogo interculturale*, con il quale si evidenzia non solo il fondamentale ed ineliminabile rispetto per le culture diverse dalla propria, ma anche la volontà e la capacità di accoglierne i contenuti. Quest'ultimo orientamento, a determinate condizioni, è quello più sollecitato dall'esperienza consuetudinaria in materia religiosa⁶.

III. ANALISI DELLA CONSUETUDINE NEI DIRITTI RELIGIOSI

III. 1 La consuetudine nel diritto canonico

La consuetudine, all'interno dell'ordinamento giuridico canonico, è sempre stata un'importante fonte del diritto, con una forza incisiva in modo inversamente proporzionale alla legislazione ecclesiastica positiva⁷. La *Societas Christi*, a partire

⁶ Per la definizione dei concetti di *prevaricazione culturale*, *interculturalità* e *dialogo interculturale*, cf. M. RIONDINO, *Mediazione familiare e interculturalità in Europa. Profili di diritto comparato*, in corso di pubblicazione in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3 (2010).

⁷ Si ricorda, in ordine alla forte rilevanza del *jus non scriptum* all'epoca della 'genesi' del diritto canonico, che i primi tre secoli di storia giuridica della Chiesa vedono il diritto scritto (*jus scriptum*) relegato ad un ruolo modesto, mentre svolge un ruolo essenziale e di primaria importanza il diritto consuetudinario (*jus consuetudinarium*), assai utilizzato nella giurisprudenza canonica, come, ad esempio, nell'*episcopalis audientia*. Questi tribunali vescovili, che devono la loro origine a categorie giuridiche prese in prestito dal processo *extra ordinem* del diritto romano, sorsero allorché l'imperatore Costantino concesse alla Chiesa il diritto di foro. In un primo momento, essi dovevano servire a dirimere solo controversie fra chierici ma poi fu concesso il loro utilizzo anche nei processi fra laici purché le parti ne facessero espressamente richiesta. Tali tribunali videro il

dall'Editto di Costantino e Licinio del 313 d. C, ha potuto sviluppare un vero e proprio ordinamento giuridico dove la consuetudine, come espressione del *sensus fidelium*, costituì sin dall'inizio un collante imprescindibile fra la *communitas* ed il *legislator*.

Con il Concilio di Trento⁸ e, in generale, nel periodo storico della Riforma Cattolica, la Chiesa - sentendosi attaccata sia sul piano teologico che giuridico dalle teorie dei *doctores protestantium*⁹ - rafforzò la sua struttura gerarchica,

loro massimo utilizzo nel Medioevo quando i cittadini, confidando nell'*aequitas* e nella *benevolentia* della Chiesa, preferivano dirimere le proprie controversie in questi sedi piuttosto che rivolgersi alla giustizia regia, la quale si estrinsecava in un processo inquisitorio i cui esiti potevano essere particolarmente gravosi per la parte soccombente. Per uno studio sulla *episcopalis audientia* si veda, *ex multis*, C. MUNIER, voce *Audientia episcopalis*, in A. DI BERNARDINO (a cura di), *Dizionario patristico e di antichità cristiane*, Casale Monferrato 1983, I, 443; F. J. CUENA BOY, *La 'episcopalis audientia'*, Valladolid, 1985; M. R. CINNA, *La 'episcopalis audientia' nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino 1989; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi (secoli I-XI)*, Milano, 1995; P. G. CARON, *La competenza dell'episcopalis audientia nella legislazione degli imperatori romani cristiani*, in *Il diritto romano canonico quale diritto proprio delle comunità cristiane dell'oriente mediterraneo*. IX Colloquio Internazionale romanistico canonistico, Roma, 1994; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi nel mondo antico*, in *La giustizia nell'Alto Medioevo (sec. V-VIII)*, I, Spoleto, 1995; J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, Cinisello Balsamo 1998, 132-135, 219-226 e 585-596.

⁸ Sul Concilio di Trento (1545-1563) e il 'diritto tridentino' si veda G. ALBERIGO (a cura di), *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, Bologna 1973, 657-799; H. JEDIN, *Geschichte des Konzils von Trient*, 5 voll., Freiburg 1957-1977; D. JULIA, *La réforme post-tridentine en France d'après le procès-verbaux de visites pastorales*, in F. MALGERI (a cura di), *La società religiosa nell'età moderna*, Napoli 1973, 311-415; G. MARTINA, *La chiesa nell'età della riforma*, Brescia 1988, 173-200; J. BERNHARD - CH. LEFEBVRE - F. RAPP, *L'époque de la Réforme et du Concile de Trente*, Parigi 1989; J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, Cinisello Balsamo (Milano) 1998, 711-716; M. VENARD, *Il Concilio Lateranense V e il Tridentino*, in G. ALBERIGO (a cura di), *Storia dei Concili Ecumenici*, Brescia 1990, 321-368; U. MAZZONE, *I dibattiti tridentini: tecniche di assemblea e di controllo*, in P. PRODI - W. REINHARD (a cura di), *Il Concilio di Trento e il moderno*, Bologna 1996; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 1999, 146-162; A. PROSPERI, *Il Concilio di Trento: una introduzione storica*, Torino 2001; P. MONETA, *Introduzione al diritto canonico*, Torino 2001, 56-57; L. MUSSELLI, *Storia del diritto canonico. Introduzione alla storia del diritto e delle istituzioni ecclesiali*, Torino 2007, 69-74.

⁹ Riguardo alla Riforma protestante si veda L. VON RANKE, *Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation*, 6 voll., Berlino 1839-1847; F. VON BEZOLD, *Storia della Riforma*, Berlino 1890; P. IMBART DE LA TOUR, *Origines de la Réforme*, 3 voll., Parigi 1905-1914; E. GOTHEIN, *Reformation und Gegenreformation*, Berlino 1924; P. TILLICH, *L'era protestante*, Chicago 1948; E. DE MOREAU - P. JOURDAN - P. JAUNELLE, *La crise religieuse de XVI siècle* (vol. XVI dell'*Histoire de l'Église*, a cura di FLICHE - MARTIN), Parigi 1950; G. RITTER, *Die Weltwirkung der Reformation*, Monaco 1959; E. LÉONARD, *Histoire générale du Protestantisme*, 3 voll., Parigi 1961-1964; K. ALAND, *Die Reformatoren*, Stoccarda 1980. Per approfondimenti sul 'padre' della Riforma protestante, Martin Lutero, si veda, K. BORNKAMM - G. EBELING (a cura di), *Ausgewählte Schriften*, Francoforte 1862 e *Werke. Kritische Gesamtausgabe*, Weimar 1883; O. CLEMEN (a cura di), *Werke in Auswahl*, Bonn 1962-1963; H. DENIFLE, *Luther und Luthertum*, Magonza 1904-1905; TH. HARNACK, *Luthers Theologie*, Monaco 1927; W. LÖWENICH, *Luthers Theologia Crucis*, Monaco 1929; O. CLEMEN, *Luther und die Volksfrömmigkeit seiner Zeit*, Dresda-Lipsia 1938; M. MIEGGE, *Lutero giovane*, Torre Pellice 1946, E. HIRSCH, *Lutherstudien*, Gütersloh 1954; R.H. BAINTON, *Luther*, Torino 1960; G. ZSCHABITZ, *Martin Luther*, Berlino 1967; B. STOLT, *Docere, delectare und movere bei Luther*, in AA. VV., *Wortkampf*, a cura di B. STOLT, Francoforte 1974; G. EBELING, *Lutherstudien*, Tubinga

risentendone il ruolo della *communitas*. Questa ebbe, da allora, seppure da un punto di vista strettamente formale, un minore spazio di produzione giuridica attraverso la consuetudine; la ragione di ciò va riposta nella preoccupazione principale del momento, cioè arginare qualsiasi fenomeno con potenzialità disgregante, rafforzandone l'obiettivo di conservare l'unità della Chiesa attraverso il ministero, quasi esclusivo, della gerarchia.

Il clima controriformistico, con le sue inevitabili conseguenze, fu 'tradotto' - rispetto alla dottrina canonistica della consuetudine - da Francisco Suárez¹⁰, il massimo esponente della Seconda Scolastica¹¹. Questi afferma categoricamente che la sola causa determinante il passaggio di una consuetudine dal piano non giuridico a quello giuridico è il *consensus legislatoris*¹². Rimane comunque

1977-1982; P. ALTHAUS, *Die Theologie Martin Luther's*, Gütersloh 1954; V. PRESS - D. STIEVERMANN (a cura di), *Martin Luther*, Stoccarda 1986.

¹⁰ Per uno studio su Francisco Suárez si veda, *ex multis*, P. DUMONT, *Liberté humaine et concours divin d'après Suarez*, Paris 1936; C. GIACON, *Suarez*, Brescia 1945; AA. VV., *Francisco Suárez en el centenario de su nacimiento. Estudios Eclesiásticos*, Madrid 1948; P. MÚGICA, *Bibliografía suareciana*, Granada 1948; G. AMBROSETTI, *La filosofia delle Leggi di Suárez*, Roma 1948; C. FERNÁNDEZ, *Metafisica del conocimiento en Suárez*, Madrid 1954; E. GEMMEKE, *Die Metaphysik des sittlich Guten bei Franz Suarez*, Freiburg 1965; A. VARGAS-MACHUCA, *Escritura, tradición e Iglesia como reglas de fe según Francisco Suárez*, Granada 1967; H. SIEGFRIED, *Wahreit und Metaphysik bei Suarez*, Bonn 1967; A. GNEMMI, *Il fondamento metafisico. Analisi di struttura sulle «Disputationes metaphysicae» di Francisco Suarez*, Milano 1969; J. A. MARAVALL, *Estudios de historia del pensamiento español. Tercera serie. Siglo XVIII*, Madrid 1975; C. LARRAINZAR, *Una introducción a Francisco Suárez*, Pamplona 1977; A. MOLINA MELIÁ, *Iglesia y Estado en el Siglo de Oro español: el pensamiento de Francisco Suárez*, Valencia 1977; J. A. FERNÁNDEZ - SANTAMARIA, *Reason of State and Statecraft in Spanish Political Thought. 1595-1640*, Washington 1983; J. F. COURTINE, *Suarez et le système de la métaphysique*, Paris 1990; J. F. COURTINE, *Il sistema della metafisica: tradizione aristotelica e svolta di Suárez* (a cura di Costantino Esposito), Milano 1999.

¹¹ Sul punto, C. GIACON, *La Seconda Scolastica*, 3 voll. (*I. I grandi commentatori di San Tommaso; II. Precedenze teoretiche ai problemi giuridici: Toledo, Pereira, Fonseca, Molina, Suarez; III. I problemi giuridico-politici: Suarez, Bellarmino, Mariana*), Milano 1944, 1946, 1950.

¹² F. SUÁREZ, *Tractatus de Legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus, authore P. D. Francisco Suarez granatensi et Societate Iesu, Sacrae Theologiae, in celebri conimbricensi academia Primario Professore. Ad Illustrissimum et Reverendissimum D. D. Alphonsum Furtado de Mendocça Episcopum Egitaniensem. Cum variis indicibus, Conimbricae, cum privilegio Regis Catholici pro Castella et Lusitania. Apud Didacum Gomez de Loureyro. Anno Domini 1612*, tradotto in spagnolo da J. R. EGUILLOR MUNIOZGUREN, *Tratado de las leyes y de Dios legislador en diez libros*, Madrid 1967-1968, *liber VII, De Lege non scripta quae consuetudo appellatur*: c. I, *De Consuetudine, more, usu, stylo, etc.*; c. II, *Consuetudo quando inducit jus non scriptum*; c. III, *Quotuplex sit consuetudo, an forum et stylum comprehendat*; c. IV, *De tertia divisione consuetudinis secundum jus, praeter jus, contra jus*; c. V, *De variis partitionibus consuetudinis*; c. VI *Quid sit consuetudo bona et rationabilis, et contra*; c. VII, *De Consuetudine jure reprobate*; c. VIII, *De alia divisione consuetudinis*; c. IX, *De causis consuetudinis*; c. X, *De introductione consuetudinis*; c. XI, *De juridica notitia necessaria ad Consuetudinem*; c. XII, *De inductione consuetudinis per solus actus voluntatis*; c. XIII, *De consensu Principis ad Consuetudinem introducendam*; c. XIV, *Quae consuetudo Legem non scriptam inducit*; c. XV, *De tempore sufficiente ad Legem introducendam*; c. XVI, *De causis et effectibus Legis non scriptae inductae per Consuetudinem*; c. XVII, *Quomodo consuetudo habeat vim Legem interpretandi*; c. XVIII, *An consuetudo Legem humanam abrogare*

essenziale, seppur nel piano non giuridico, la forza della consuetudine quale veicolo di espressione del *sensus fidelium*. La teoria di Suárez fu sostanzialmente accettata dalla dottrina successiva e trasferita, quasi integralmente, nella prima codificazione del diritto della Chiesa¹³, dove, al can. 25, si stabiliva che «*consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis Superioris ecclesiastici unice obtinet*»¹⁴.

Lo scenario non cambia con la seconda codificazione del diritto canonico latino, pur in un rinnovato clima di partecipazione dei *christifideles* nell'esercizio dei *tria munera Christi*, a seguito del Concilio Ecumenico Vaticano II¹⁵. Il *Codex Iuris Canonici* del 1983¹⁶, pur facendo riferimento all'elemento del cosiddetto

possit; c. XIX, *An talis abrogatio exceptionem vel intentionem admittat*; c. XX, *Quibus modis posit consuetudo mutari*, 438 ss. Sulla consuetudine nel pensiero di Suárez si consenta di rimandare a M. NACCI, *Riflessioni sulla Consuetudine canonica di Francisco Suárez nel contesto della seconda Scolastica*, in *Apollinaris*, LXXXII (2009) 3-4, 761-778.

¹³ CODEX IURIS CANONICI, *Pii X Pontificis Maximi, iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus*, in AAS 9 (1917) 11-456. Sul dibattito in ordine alla codificazione del diritto della Chiesa si veda G. FELICIANI, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini*, II, Milano 1981, 35-80; A. FARRET, *Compilation ou codification? Relecture, in siècle après du «Canoniste contemporain»*, in *L'année canonique*, 38 (1996), 305-317; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico...cit.*, 213-223; L. MUSSELLI, *Storia del diritto canonico...cit.*, 85-97. In riferimento all'iter di formazione del Codice piano-benedettino si veda, P. VAN DE KAMP, "Codex juris canonici", in *Dictionnaire de droit canonique*, Tomo II, Paris 1909, 909 ss.; A. M. STICKLER, *Historia juris canonici latini. Institutiones academicae*. Vol. I, *Historia fontium. (pontificium athenaeum salesianum. Facultas iuri canonici)*, Torino 1950; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico...cit.*, 223-232; G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Bologna 2002, 15-17; L. MUSSELLI, *Storia del diritto canonico...cit.*, 85-97; C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, tomo II, *Il codex iuris canonici (1917)*, 639-804. In ordine ai 'limiti' della scelta del Legislatore canonico per la codificazione si veda, P. GROSSI, *Valore e limiti della codificazione del Diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del Legislatore canonico)*, in A. CATTANEO (cur.), *L'eredità giuridica di San Pio X*, Venezia 2006, 141-154; P. GROSSI, *Storicità del Diritto*, in *Apollinaris*, LXXIX (2006) 1-2, 105-117, in part. 107-108.

¹⁴ Per quanto riguarda lo studio della consuetudine nei lavori preparatori del Codice di Diritto Canonico del 1917 si veda, M. SANS GONZÁLEZ, *La costumbre en la etapa preparatoria del CIC de 1917*, estr. da *Studia Gratiana*, XXIV, 761-777; M. SANS GONZÁLEZ, *La costumbre en la elaboración del Código de derecho canónico de 1917*, in M. TEDESCHI (a cura di), *La consuetudine tra diritto vivente e diritto positivo*, Soveria Mannelli 1998, 107-138; nonché l'importante lavoro di G. FELICIANI, *La consuetudine nella codificazione del del 1917*, in *Ius ecclesiae, rivista internazionale di diritto canonico*, XIX (2007), 333-346.

¹⁵ Per il Concilio Ecumenico Vaticano II si veda, *ex multis*, G. LO CASTRO, *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari nelle fonti di diritto canonico*, Milano 1970; AA.VV., *Conciliorum oecumenicorum decreta*, Bologna 1973; G. ALBERIGO (a cura di), *Decisioni dei Concili ecumenici*, Torino 1978; H. JEDIN, *Breve storia dei concili*, Roma 1979; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico...cit.*, 248-256; G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico...cit.*, 29-32 e 37-38; L. MUSSELLI, *Storia del diritto canonico...cit.*, 101-107.

¹⁶ CODEX IURIS CANONICI (25 Ianuarii 1983), *auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, in *Enchiridion Vaticanum* 8, sez. II. Per quanto riguarda il ventennale iter formativo e la struttura del *Codex Iuris Canonici* giovanneo-paolino si veda, fra molti, S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Torino 1995, 117-120; P. MONETA, *Introduzione al diritto canonico*, Torino 2001, 63-67; C. FANTAPPIÈ,

animus communitatis all'interno della formulazione dei canoni sulla consuetudine, sul piano giuridico formale continua a far dipendere la sua forza dall'approvazione del legislatore¹⁷.

In termini simili bisogna esprimersi rispetto alle norme sulla consuetudine nel *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* del 1990¹⁸, nonostante sembri desumersi, ad una prima lettura, una maggiore osmosi fra i principi di rivalutazione della comunità, emersi dal Concilio Ecumenico Vaticano II, e il testo codiciale. La valorizzazione della *communitas fidelium* si riscontra nel can. 1506, dove si afferma che una consuetudine può ottenere forza di legge, nella misura in cui risponde all'attività dello Spirito Santo nel corpo ecclesiale¹⁹. Ma il quarto paragrafo del can. 1507, statuisce che *l'approbatio legislatoris* è l'unica causa determinante il valore giuridico di una consuetudine²⁰.

Orbene, anche se lo strumento tradizionale, formalizzato nella consuetudine, può dirsi attualmente alquanto ridotto²¹, il valore di cui la consuetudine è stata portatrice non può invece essere misconosciuto. Tale valore è

Introduzione storica al diritto canonico...cit., 261-269; G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico...cit.*, 38-44; L. MUSSELLI, *Storia del diritto canonico...cit.*, 107-115.

¹⁷ CODEX IURIS CANONICI 1983, can. 23: «*Ea tantum consuetudo a communitate fidelium introducta vim legis habet, quae a legislatore approbata fuerit, ad normam canonum qui sequuntur*».

¹⁸ CODEX CANONUM ECCLESiarUM ORIENTALIUM (18 Octobris 1990), *auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, in AAS 82 (1990) 1033-1363. Per un esame analitico dell'*iter* storico di formazione del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali si veda, *ex multis*, A. COUSSA, *De codificatione canonica orientali*, in AA. VV., *Acta Congressus Iuridici Internationalis VII saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis*, IV, Romae 1937, 491-532; D. FALTIN, *La codificazione del diritto canonico orientale*, in AA. VV., *La Sacra Congregazione per le Chiese Orientali nel cinquantesimo della fondazione (1917-1967)*, Roma 1969, 121-137; R. METZ, *La première tentative de codifier le droit des Églises orientales catholiques au XX siècle*, in *Mélanges offertes a Jean Dauviller*, Toulouse 1979, 531-546; ID., *La seconde tentative de le droit des Églises orientales catholiques au XX siècle*, in *L'année canonique*, 1979, 289-309; D. SALACHAS, *Istituzioni di Diritto canonico delle Chiese orientali cattoliche*, Bologna 1993, 45-54; J. FARIS, *La storia della codificazione orientale*, in K. BHARANIKULANGARA (a cura di), *Il Diritto Canonico Orientale nell'ordinamento ecclesiale*, Città del Vaticano 1995, 255-268; C. FANTAPPIÉ, *Introduzione storica al diritto canonico...cit.*, 266-271; G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico...cit.*, 45-46; D. SALACHAS - L. SABBARESE, *Codificazione latina e orientale e canoni preliminari*, Città del Vaticano, 2003.; L. MUSSELLI, *Storia del diritto canonico...cit.*, 115-119.

¹⁹ CODEX CANONUM ECCLESiarUM ORIENTALIUM, can. 1506: «§ 1. *Consuetudo communitatis cristianae, quatenus actuositati Spiritus Sancti in corpore ecclesiali respondet, vim iuris obtinere potest. § 2. Iuri divino nulla consuetudo potest ullo modo derogare*».

²⁰ CODEX CANONUM ECCLESiarUM ORIENTALIUM, can. 1507, § 4: «*Legislator competens potest consuetudinem consensu suo saltem tacito etiam ante hoc tempus ut legitimam approbare*».

²¹ Si parla di 'devalorizzazione' della consuetudine perché, fin dal Codice piano-benedettino, essa è stata ammessa nell'ordinamento giuridico esclusivamente per mezzo della *voluntas legislatoris*, unica causa legittimante la giuridicità di questa fonte del diritto (cf. can. 25, *Codex Iuris Canonici* 1917; can. 23, *Codex Iuris Canonici* 1983; can. 1507, par. 4, *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*).

il *sensus fidelium* di cui sono riflesso alcuni istituti peculiari dell'ordinamento giuridico canonico, come il Sinodo diocesano, il Consiglio pastorale, e ancor più chiaramente le varie modalità di formazione dei diritti particolari (i regolamenti creati dai movimenti, le costituzioni degli Istituti di vita consacrata, gli statuti delle associazioni, ...). Non vi è dubbio che su questi e su altri istituti analoghi sia necessaria una maggiore creatività, affinché il *sensus fidelium* si esprima con maggiore efficacia di quella che consente un'applicazione ridotta e inadeguata dei medesimi istituti²².

III. 2 La consuetudine nel diritto musulmano

Per ciò che concerne, invece, la fonte consuetudinaria²³ nel diritto musulmano²⁴ (usanza), anche se nella prassi è denominata fonte, non rientra nei

²² Si consenta il rinvio a M. NACCI, *La ricezione della comunità come criterio di legittimazione dell'ordinamento giuridico*, in corso di pubblicazione in *Legittimazioni e Limiti degli ordinamenti giuridici. Atti del XIV Colloquio Giuridico Internazionale, Pontificia Università Lateranense (Città del Vaticano, 9-10 marzo 2010)*.

²³ Sulla fonte consuetudinaria nel diritto musulmano si veda I. GOLDZIHNER, *Die Zahiriten*, Leipzig 1884, 204-206; N. J. COULSON, *Doctrine and Practice in Islamic Law*, in *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, XVIII (1956), 211-226; ID., *Muslim Custom and Case-Law*, in *Die Welt des Islams*, VI (1959), 13-24; M. EL SHAKANKIRI, *Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam*, in *Revue internationale de Droit Comparé*, XXXIII (1981), 767-788; F. HASSAN, *The sources of Islamic law*, in *American Society of International Law Proceedings*, LXXVI (1982), 65-75; J. SCHACHT, *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris 1957, 141-151; F. J. ZIADEH, *Urf and Law in Islam*, in *The World of Islam*, a cura di J. Kritzeck e R. B. Winder, London 1959, 60-67; G. CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico...cit.*, 73-74; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino 1996, 288-290; L. MILLIOT - F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris 2001, 137-149; ALDEEB ABU-SAHLEH SAMI AWAD, *Introduction à la société musulmane*, edizione italiana a cura di M. Arena, Roma 2008, 211-217.

²⁴ In ordine a studi sull'Islam e sul diritto musulmano si veda, *ex multis*, M. DOZY, *Essai sur l'histoire de l'islamisme*, traduct. V. Chauvin, Paris 1879; V. CHAUVIN, *Bibliographie des ouvrages arabes ou relatifs aux arabes, publiés dans l'Europe chrétienne de 1810 à 1885*, Liège 1892; C. BROCKELMANN, *Geschichte der arabischen litteratur*, 2 voll., Berlin 1898; I. GOLDZIHNER, *Le dogme et la foi dans l'Islam*, traduct. F. Arin, Paris 1920; TYAN, E., *Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman*, Beirut 1926; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, Roma 1926; 2 voll., Roma 1938; J. LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulman*, Barcelona-Buenos Aires 1932; H. LAMMENS, *L'Islam*, Beirut 1941; J. SAUVAGET, *Introduction à l'histoire de l'Orient musulman: Essai de bibliographie*, Paris 1943; C. BROCKELMANN, *Histoire des peuples et des états islamiques*, traduct. M. Tazerout, Paris 1949; G. H. BOUSQUET, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde*, Algiers 1949; M. GAUDEFROY-DEMOMBYNES, *Muslim Institutions*, London 1950; L. MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris 1953; H. Sir GIBB, *Mohammedanism*, London 1953; E. TYAN, *Institutions du droit public musulman*, 2 voll., Paris 1954-1956; B. LEWIS, *Les arabes dans l'histoire*, traduct. A. Mesritz, Bruxelles 1958; V. MONTEIL, *Le monde musulman*, Paris 1963; J. SCHACHT, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964; J. JOMIER, *Introduction à l'Islam actuel*, Paris 1964; N. J. COULSON, *A History of Islamic Law*, Edinburgh 1964; Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, 3 voll., Paris 1965-1973; D. SOURDEL-J. SOURDEL, *La civilisation de l'Islam classique*, Paris 1968; F. CASTRO, *Lineamenti di storia del diritto musulmano*, 2 voll., Venezia 1979; J.

fondamenti del diritto musulmano²⁵. Essa non è, quindi, una fonte costitutiva²⁶ - Corano²⁷, *Sunna* del Profeta²⁸, consenso dei giuristi²⁹, ragionamento per analogia³⁰, bensì una fonte spontanea³¹.

SCHACHT, *The origins of Muhammadan jurisprudence*, Oxford 1979; L. GARDET, *La cité musulmane. Vie sociale et politique*, 4° ed., Paris 1981; M. LELONG, *L'Islam et l'Occident*, Paris 1982; P. SHINAR, *Dix ans de recherche universitaire française sur le monde arabe et islamique*; Paris 1984; H. VANDELVELDE, *Cours d'histoire du droit musulman et des institutions musulmanes*, Alger 1983; CH. RIZK, *Entre l'Islam et l'Arabisme. Les arabes jusqu'en 1945*; Paris 1983; P. SHINAR, *Essai de bibliographie sélective et annotée sur l'Islam maghrébin (1830-1978)*, Aix-en-Provence 1983; ID., *Mille et un livres sur le monde arabe. Catalogue d'ouvrages et de recherche et de documentation édités en France*, Paris 1984; D. SOURDEL, *L'Islam*, Paris 1985; A. AL-AZMEH (ed.), *Islamic Law: Social and Historical Context*, London 1988; F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, Paris 1995; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino 1995; H. BLEUCHOT, *Droit musulman*, tome I: *Histoire*, Aix-en-Provence 2002; ID., *Droit musulman*, tome II: *Fondaments, culte, droit publique et mixte*, Aix-en-Provence 2002; O. PESLE, *Les fondaments du droit musulman*, Casablanca, s. d. .

²⁵ A proposito delle fonti del diritto musulmano si veda B. DUCATI, *Sintesi del diritto musulmano*, Bologna 1926, 91-127; K. A. FARUKI, *Islamic Jurisprudence*, Karachi 1962; É. TYAN, *Méthodologie et sources du droit en Islam*, in *Studia Islamica*, X (1959), 79-109; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano...cit.*, 121-124; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano...cit.*, 275-280; L. MILLIOT - F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman...cit.*, 77-104; ALDEEB ABU-SAHLIEH SAMI AWAD, *Introduction à la société musulmane*, Paris 2006, edizione italiana a cura di M. Arena, Roma 2008, 91-93.

²⁶ In questo senso si veda, J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano...cit.*, 65-66 e 123-124; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano...cit.*, 280 e 289, nota 123; L. MILLIOT - F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman...cit.*, 137-149.

²⁷ Fra i molti studi sul Corano si veda R. ROBERTS, *The Social Laws of the Qorân*, London 1925; R. LAMMENS, *L'Islam*, Beirut 1941, 48-86; J. SCHACHT, *The origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford 1950, 214-223 e 228-242; I. GOLDZIEHER, *Die richtungen der islamischen Koranauslesung*, Leiden 1952; R. BELL, *Introduction to the Qur'an*, Edimburgh 1953; D. MASSON, *Le Coran et la révélation judéo-chrétienne*, Paris 1958; É. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays s'Islam*, 2° ed., Leiden 1960, 61-72; D. BAKKER, *Man in the Qur'an*, Amsterdam, 1965; F. CASTRO, *Lineamenti di storia del diritto musulmano*, 2 voll., Venezia 1979; S. A. ABU-SAHLIEH, *Introduction à la lecture juridique du Coran*, in *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, LXV (1988), 76-104; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano...cit.*, 13-17.

²⁸ Fra i molti Autori che si sono occupati della *Sunna* del Profeta si veda, R. LAMMENS, *L'Islam*, Beirut 1941, 86 ss.; J. SCHACHT, *The origins of Muhammadan Jurisprudence...cit.*, 58 ss.; G. CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico...cit.*, 65-77; AA.VV., *Dibattito sull'applicazione della Sharī'a...cit.*, 58-60 e 95-102; L. MILLIOT - F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman...cit.*, 87-93; ALDEEB ABU-SAHLIEH SAMI AWAD, *Introduction à la société musulmane*, Paris 2006, edizione italiana a cura di M. Arena, Roma 2008, 167-197.

²⁹ Sul consenso dei giuristi si veda, M. BERNARD, *L'accord unanime de la communauté comme fondement des statuts légaux de l'islam d'après Abu I-Husayn Al-Basri*, Paris 1970; C. MANSOUR, *L'autorité dans la pensée musulmane, le concept d'ijma' (consensus) et la problématique de l'autorité*, Paris 1975; G. CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico...cit.*, 67-69; AA.VV., *Dibattito sull'applicazione della Sharī'a...cit.*, 65-68; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano...cit.*, 278-279; L. MILLIOT - F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman...cit.*, 105-115; ALDEEB ABU-SAHLIEH SAMI AWAD, *Introduction à la société musulmane*, edizione italiana a cura di M. Arena...cit., 255-262.

³⁰ In ordine al ragionamento per analogia si veda, *ex multis*, D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I,...cit.; G. CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico...cit.*, 70-73; J. SCHACHT, *The origins of Muhammadan jurisprudence...cit.*, 98-137; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano...cit.*, 276-280; L. MILLIOT - F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman...cit.*, 115-126; ALDEEB ABU-SAHLIEH SAMI AWAD, *Introduction à la société musulmane*, edizione italiana a cura di M. Arena...cit., 263-272.

Una teoria completa ed omogenea sull'usanza si deve ai giuristi musulmani classici che la considerano una fonte del diritto utilizzabile solo se la fattispecie concreta non trova regolamentazione nel Corano e nella *Sunna*, purché contribuisca al bene della collettività e risolva eventuali disagi esistenti³².

Dal punto di vista storico, l'usanza musulmana ha trovato la consacrazione giuridica nella *Majallah al-ahkam al-adliyyah*, il codice civile ottomano scritto tra il 1869 e il 1876. In questo testo, la consuetudine trova una regolamentazione specifica e negli undici articoli che trattano di essa è possibile ritrovare tutti i principi espressi dalla scienza giuridica classica in tema di consuetudine³³.

Appare di notevole interesse, per comprendere l'importanza della consuetudine nel diritto musulmano, evidenziare le aree giuridiche nelle quali viene applicata, ponendo come premessa imprescindibile il fatto che il diritto consuetudinario ha valore, come già detto, solo se non contrario ai principi delle fonti costitutive dell'ordinamento giuridico musulmano.

Un primo riscontro si ha nella pia fondazione; infatti, anche se normalmente l'oggetto di questo istituto è costituito da beni immobili, per prassi

³¹ L'espressione 'fonte spontanea' è di Louis Milliot e François-Paul Blanc i quali, introducendo il tema dell'usanza, affermano che «en dehors de sources legale du droit musulman que nous avons reconnues, les unes formelle set originelles (Coran et *Sunna*), les autres rationnelles et dérivées (*idjma'* et *kiyas*), il existe deux sources spontanées: la coutume ('*orf*) et la jurisprudence ('*amal*)» (L. MILLIOT - F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman...cit.*, 137).

³² In ordine alla teoria classica delle fonti del diritto si veda N. J. COULSON, *A History of Islamic Law...cit.*, 75-85; nonché, A. RAHIM, *Muhammadan Jurisprudence*, Madras 1911; N. P. AGHNIDES, *Mohammedan Theories of Finance. Introduction on the classica legal theory*, New York (NY) 1916; S. HURGRONJE, *Selected Works*, edito in inglese e francese da G. H. Bousquet e J. Schacht, Leiden 1957; S. MAHMASSANI, *The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, traduz. inglese di F. J. Ziadeh, Leiden 1961; K. A. FARUKI, *Islamic Jurisprudence*, Karachi 1962.

³³ In questo codice (artt. 13, 36-45), la fonte consuetudinaria assume un ruolo primario nella gestione dei rapporti, giuridici e non giuridici, fra le parti e, inoltre, essa non è solo considerata una norma alla quale ci si deve conformare, qualora sia accettata dalla comunità, ma addirittura - nel pieno rispetto della superiorità 'gerarchica' delle fonti costitutive - ha la stessa forza cogente della legge. Per quanto riguarda uno studio sul codice civile ottomano (*Majallah al-ahkam al-adliyyah*) del 1869-1876 e del sistema giuridico ottomano si veda, I. MOURADGEA D'OHSSON, *Tableau général de l'Empire ottoman*, 3 voll., Paris 1788-1824; D. GATTESCHI, *Manuale di diritto pubblico e privato ottomano*, Alessandria 1865; G. ARISTARCHI BEY, *Législation ottomane*, voll. V-VI, Costantinopoli 1881-1888; G. YOUNG, *Corps de droit ottoman*, vol. 6: *Code civil ottoman*, Oxford 1906, 169-446; R. REPP, *Qanun and Shari'a in the Ottoman Context*, in *Islamic Law. Social and Historical Contexts*, a cura di A. al-Azmeh, London-New York 1988, 124-145. Per la traduzione della *Majallah* si veda, W. E. GRIGSBY, *The Medjellè, translated into English*, London 1895; C. A. HOOPER, *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan*, voll. I-II, Gerusalemme 1933-1936; C. R. TISSER, D. G. DEMETRIADES, I. H. EFFENDI, *The Mejelle, Being an English Translation of Majallhel-ahkam-i-adliya and a Complete Code of Islamic Civil Law*, Lahore 1980, 3-15.

consuetudinaria, la pia fondazione può essere costituita anche con beni mobili, come ad esempio libri³⁴.

Il rilevante ruolo dell'usanza si trova anche nei principi giuridici riguardanti le obbligazioni; si tratta della cosiddetta obbligazione astratta, la cui caratteristica precipua consiste nel riconoscimento di un debito, indipendentemente dal tipo di rapporto che ne da origine, allo scopo di garantire al creditore, in ogni caso, una qualche controprestazione, senza che sia determinante il tipo di obbligazione posta in essere³⁵.

La consuetudine, infine, si applica a diverse tipologie di contratti. Per quanto riguarda il contratto di vendita, è possibile rilevare come la consuetudine svolga un ruolo notevolmente importante, poiché ciò che è stabilito con l'usanza ha lo stesso valore di ciò che è stabilito dalla legge: tale principio si applica anche al diritto di recesso nel contratto di vendita che può essere stabilito dalla legge oppure dalle parti contraenti di comune accordo³⁶.

In riferimento al contratto di locazione, il peculiare contratto nel quale una balia concede la locazione dei servizi in cambio di vitto e alloggio è tollerato

³⁴ Si veda, a tal proposito, O. PESLE, *La Théorie et la pratique des habous dans le rite melékite*, Casablanca 1941; J. LUCCIONI, *Le Habous ou Wakf (rites malékite et hanéfite)*, Alger 1942; G. BUSSON DE JANSSENS, *Les wakfs dans l'Islam contemporain*, in *Revue des Études Islamiques*, 1951, 1-120 e 1953, 43-76; A. D'EMILIA, *Per una comparazione fra le piae causae nel diritto canonico, il charitable trust nel diritto inglese e il wakf hayri nel diritto musulmano*, in *Atti del Primo Congresso di Diritto Comparato*, vol. I, Roma 1953, 187-230, anche in *Scritti di diritto islamico*, Roma 1976, 237-276; S. A. M. HABIBULLAH, *The Law of Wakfs*, Calcutta 1976; T. MAHMOOD, *Islamic Family Waqf in Twentieth Century Legislation: A Comparative Perspective*, in *Islamic and Comparative Law Quarterly*, VIII (1988), 135-168.

³⁵ Sul punto, si veda CHAFIK T. CHEHATA, *La representation dans les actes juridiques en droit musulman*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1956, 538-546; J. MAKDISI, *An objective approach to contractual mistake in Islamic law*, in *Boston University International Law Journal*, III (1985), 325-344; A. ZYSOW, *The problem of offer and acceptance: a study of implied-in-fact contracts in Islamic law and the common law*, in *Cleveland State Law Review*, XXXIV (1986), 69-77; S. E. RAYNER, *The Theory of Contracts in Islamic Law*, London 1991; ID., *A note on Force Majeure in Islamic law*, in *Arab Law Quarterly*, VI (1991), 86-89; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano...cit.*, 153-158.

³⁶ Sul diritto di recesso si veda, A. D'EMILIA, *La struttura della vendita sottoposta a hiyar secondo la sedes materiae della Al-Mudawwanah*, in *Oriente Moderno*, 1941, 86-98, anche in *Scritti di diritto islamico*, Roma 1976, 295-310; ID., *La compravendita con patto d'opzione secondo alcune fonti del diritto musulmano malichita*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, X (1944), 167-183, anche in *Scritti di diritto islamico*, Roma 1976, 311-328; ID., *Il patto d'opzione applicato alla compravendita secondo la codificazione turca di diritto musulmano hanafita*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XI (1945), 225-236, anche in *Scritti di diritto islamico*, Roma 1976, 353-364; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano...cit.*, 160.

poiché retto, secondo una considerazione equitativa, da normativa consuetudinaria³⁷.

Infine, anche il contratto di manifattura, ricompreso nella categoria dei contratti di vendita con pagamento anticipato rispetto alla consegna, deve la sua validità, dal punto di vista giuridico, alla sua applicazione mediante regole consuetudinarie³⁸.

III. 3 La consuetudine nel diritto ebraico

Riferirsi alla consuetudine nel diritto ebraico³⁹ (*minhag*), obbliga ad avvertire che in esso, come in quello musulmano, la vita religiosa del singolo non è distinta da quella non religiosa. La base del sistema è l'insieme di regole legali religiose (*halakah*) sulle quali ogni ebreo è chiamato a commisurare permanentemente la propria vita⁴⁰. Tale legame strutturale tra le regole legali religiose e il singolo credente, determina una peculiare compenetrazione fra la sfera religiosa e quella giuridico-legale.

³⁷ O. PESLE, *Les Contracts de louage chez les Malékites de l'Afrique du Nord*, Rabat 1938; G. M. PICCINELLI, voce *Igara wa iqtina'*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. Civile, Torino 1987, IX.

³⁸ Si veda, J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano...cit.*, 163.

³⁹ Fra i moltissimi studi compiuti in tema di diritto ebraico si segnalano, *ex multis*, H. RINGGREN, *Israelitische Religion*, Stuttgart 1963; Z. FALK, *Hebrew Law in Biblical times*, Jerusalem 1964; H. RINGGREN, *La religion d'Israël*, traduit de l'allemand par L. Jospin, Paris 1966; M. ELON, *The Principles of Jewish Law*, Jerusalem 1975; I. ENGLARD, *Religious Law in the Israel Legal System*, Jerusalem 1975; S. SAFRAI, *Oral Tora*, in *Compendia Rerum Judaicarum ad Novum Testamentum*, section 1, *The Jewish People in the First Century* (ed. By S. SAFRAI-M. STERN), Assen 1976, 35 ss.; N. RAKOVER, *The Multilanguage Bibliography of Jewish Law*, Jerusalem 1980; G. SCHOLEM, *Concetti fondamentali dell'ebraismo*, Genova 1986; H. RINGGREN, *Israele: i padri, l'epoca dei re, il giudaismo*, introduzione di G. Ravasi, Milano 1987; A. FUNKESTEIN, *Maimonide. Nature, histoire et messianisme*, Paris 1988; P. RICCI SINDONI, *Sulle tracce di Abramo: storia e memoria nell'ebraismo contemporaneo*, Messina 1990; H. KÜNG, *Ebraismo*, Milano 1991; M. ELON, *Jewish Law. History, Sources, Principles*, IV voll., translated from the Hebrew by B. Auerbach and M. J. Sykes, IV voll., Philadelphia - Gerusalem 1994; R. A. ROSEMBERG, *L'Ebraismo*, Milano 1995; ID., *L'Ebraismo. Storia, pratica, fede*, Milano 1995; J. GAARDER, *Il Libro delle Religioni*, Milano 1998; N. RAKOVER, *Law and the Noachides. Law as Universal Value*, Jerusalem 1998; G. FILORAMO (a cura di), *Ebraismo*, Roma 1999; N. SALOMON, *Ebraismo*, Torino 1999; A. M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Torino 2002; S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Bologna 2008, in part. 111-172.

⁴⁰ Con il termine *halakah* (in senso letterale, "comportamento", "andatura"), si intende quell'insieme di regole e comportamenti, giuridici e religiosi, che costituiscono il 'codice di comportamento' di ogni ebreo e che devono essere osservate in ogni momento della vita. Si veda, *ex multis*, E. E. URBACH, *Haalacha. Its sources and development*, Jerusalem 1984; J. MAIER-P. SCHÄFER, *Piccola enciclopedia dell'ebraismo*, trad. italiana di D. Leoni, Casale Monferrato (AL) 1985, 274-275.

Dal punto di vista costitutivo, la consuetudine nel diritto ebraico svolge una triplice funzione - determinativa, integrativa e modificativa della legge esistente⁴¹ - ed acquisisce forza vincolante quando vengono soddisfatte determinate condizioni: deve essere accettata da tutta la comunità oppure all'interno del gruppo che la utilizza; deve essere comunemente e frequentemente messa in pratica; deve essere, infine, ben conosciuta e chiara.

Un principio che merita speciale menzione è quello secondo il quale la consuetudine è superiore alla legge scritta (*minhag mevattel halakah*), nel senso che la cambia o la abroga. Ciò dimostra la forza creatrice della fonte consuetudinaria che deve però commisurarsi con il fatto che, il diritto ebraico compie una macrodistinzione fra il diritto civile (*mamon*) e il diritto 'religioso' (*issur*). Solo sul primo si riconosce alla consuetudine la possibilità di modificare o abrogare la legge, secondo il principio *minhag mevattel halakah*; nell'ambito dell'*issur*, la consuetudine può solo proibire ciò che la legge ha precedentemente permesso ma non può permettere ciò che, secondo il parere unanime delle autorità, la legge proibisce⁴².

La forza creatrice della consuetudine, in ogni caso, non è una pura speculazione dottrinale ma trova riscontro in molte materie del diritto civile, alcune delle quali hanno la consuetudine come loro fonte legale. Tali materie sono: il recupero crediti e i rapporti finanziari fra coniugi; le obbligazioni contrattuali e il diritto tributario; il diritto del lavoro, in particolar modo il settore relativo al trattamento di fine rapporto⁴³.

IV. APPROCCIO COMPARATISTICO

In un'opera che porta la celeberrima firma dei comparatisti Zweigert e Kötz⁴⁴, dove gli ordinamenti vengono divisi in sei grandi sistemi, uno di questi è il

⁴¹ Cf. M. ELON, *Jewish Law. History, sources, principles...cit.*, vol. II, 896-903.

⁴² Ivi, 903 ss. .

⁴³ Ivi, 912-926.

⁴⁴ Si fa riferimento a K. ZWIGERT-H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2 voll., Tübingen 1984, edizione italiana a cura di A. Di Majo e A. Gambaro, traduzione di B. Pozzo, *Introduzione al Diritto Comparato*, vol. I, *Principi fondamentali*, Milano 1992 e vol. II, *Istituti*, Milano 1995.

sistema dei diritti religiosi⁴⁵. È pur vero che, senza mettere in discussione l'enorme impulso che l'opera ha dato agli studi comparatistici, in essa non si ritrovano tracce di uno studio del sistema dei diritti religiosi.

Fortunatamente, il sistema dei diritti religiosi ha invece interessato, da decenni, moltissimi studiosi⁴⁶, e ad oggi è possibile parlare di una scienza giuridica che studia i diritti religiosi con metodo comparatistico⁴⁷. Ed infatti, «conoscere le regole a cui si ispirano i comportamenti dei fedeli delle diverse religioni ha oggi un'importanza che supera i confini dell'interesse scientifico e tocca questioni legate alla coesione sociale e alla *governance* delle diversità»⁴⁸.

IV. 1 L'attualità della comparazione dei diritti religiosi

Le religioni, dunque, sono l'oggetto privilegiato di regolamentazioni che dimostrano una ascesa delle stesse nello spazio pubblico, ascesa che è causata da molti fattori⁴⁹. Sulla base delle suaccennate osservazioni, è possibile rilevare una sostanziale 'necessità' in ordine allo studio delle religioni; una necessità che prescinde dalla pura e semplice discettazione dottrinale ma che è tanto più essenziale quanto più si metta in evidenza la 'potenza' della religione, sia a livello politico che socio-giuridico⁵⁰.

⁴⁵ I sistemi che raggruppano gli ordinamenti, oltre a quello dei diritti religiosi, sono: quello romanistico, germanico, anglo-americano, scandinavo, dei paesi dell'Estremo Oriente.

⁴⁶ Circa il crescente interesse per i diritti religiosi e per lo studio del diritto comparato delle religioni si veda, S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Bologna 2008, 23-34, ed ivi copiosi riferimenti bibliografici, sia relativi a studi di diritto comparato delle religioni italiani che internazionali. Si rimanda, a questo proposito, alla bibliografia del capitolo quarto del presente lavoro.

⁴⁷ In ordine all'evoluzione della dottrina in tema di diritto comparato delle religioni si veda, B. POZZO, *Diritto comparato e diritto comparato delle religioni: metodo e metodi della moderna comparatistica*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 5/2005, 157-167.

⁴⁸ S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Bologna 2008, prefazione.

⁴⁹ I fattori che hanno determinato un forte rilievo pubblico delle religioni sono stati individuati molto chiaramente da Silvio Ferrari; cioè il crollo dei regimi comunisti, la globalizzazione, i progressi scientifici e tecnologici, l'immigrazione. Si veda, S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Bologna 2008, 10-13.

⁵⁰ Ed infatti, Amari scrive espressamente che fra i vari rapporti morali «il primo a considerarsi per la potenza sua, e per l'ampia sfera che abbraccia, è la religione» (E. AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, introduzione di V. Frosini, Palermo 1969, 186). Si veda anche, F. MARGIOTTA BROGLIO-C. MIRABELLI-F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna 1997, in part. 65-75.

Oltre alle ragioni che gli autori adducono per studiare il diritto comparato delle religioni ⁵¹, da parte nostra vogliamo aggiungerne una di particolare importanza per lo studioso del diritto nell'attuale momento di pluralismo religioso. Riteniamo infatti che comprendere una tradizione religiosa in profondità esiga confrontare i suoi valori portanti con quelli ravvisabili in altre tradizioni.

Il diritto comparato delle religioni - inteso come scienza giuridica che studia, comparandolo, il diritto prodotto dalle comunità religiose - costituisce, allora, la 'cartina di tornasole' di un modo corretto di impostare la convivenza con una pluralità di diritti religiosi, dimostrandosi utile per formare il nuovo terreno sul quale far fiorire un sistema di rapporti altrettanto nuovo tra religione, politica e diritto⁵².

IV. 2 Risultati della comparazione della consuetudine religiosa

Comparare la fonte consuetudinaria dell'ordinamento canonico, ebraico e musulmano, richiede determinare prima il rapporto tra l'autorità umana, motore necessario e insostituibile della consuetudine, e il diritto divino di ciascun ordinamento⁵³. Tra i tre sistemi vi sono grandi differenze al riguardo: mentre nel diritto canonico la determinazione del diritto divino spetta al legislatore, nel diritto ebraico e musulmano tale funzione spetta all'interprete (il giurista esperto di diritto)⁵⁴.

Il primo dato da mettere in evidenza è la diversa collocazione che possiede la consuetudine all'interno del sistema delle fonti. Mentre la consuetudine è fonte del diritto canonico ed ebraico, nel diritto musulmano essa non rientra nei fondamenti del diritto e, conseguentemente, non può essere definita fonte del diritto.

⁵¹ Silvio Ferrari, domandandosi perché il diritto comparato delle religioni debba essere studiato, individua tre ragioni: innanzitutto perché la comparazione è imprescindibile per la conoscenza; inoltre, per la necessità di formare un diritto interculturale a seguito di importanti modificazioni strutturali del tessuto socio-religioso; infine, come strumento utile per il legislatore e l'interprete di ciascun diritto religioso. Cf. S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Bologna 2008, 18-21.

⁵² Cf. S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo...cit.*, 56.

⁵³ Cf. S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Bologna 2002, 178-182.

⁵⁴ Ivi, 171.

Questa osservazione potrebbe essere sufficiente per chiudere il discorso in ordine alla comparazione della consuetudine nel diritto musulmano rispetto al diritto canonico ed ebraico. Vogliamo mettere comunque in evidenza che, sebbene la consuetudine non trovi spazio teorico nel sistema delle fonti dell'ordinamento giuridico musulmano, è peraltro innegabile che essa è stata capace di imporsi con forza nel tessuto giuridico musulmano, ritagliandosi ampi ambiti applicativi che vanno dagli istituti giuridici, alle obbligazioni, financo ai singoli contratti.

Maggiori affinità si riscontrano, invece, ponendo a confronto la regolamentazione del fenomeno consuetudinario nel diritto canonico ed ebraico, proprio perché in essi si parte dal dato comune e imprescindibile secondo cui la consuetudine è fonte del diritto.

Nel diritto ebraico e in quello canonico, si ha una sostanziale convergenza circa il modo in cui la consuetudine si trasforma da mero comportamento, ancorché ripetuto nel tempo, a consuetudine giuridica. Infatti, secondo l'opinione di autorità halachiche, peraltro riscontrabile in diversi luoghi biblici⁵⁵, la consuetudine esplica la sua forza vincolante quando è seguita per un tempo considerevole, tale da permettere che essa si assesti nel sistema delle fonti del diritto ebraico per poi non potere essere più disattesa o trasgredita. Un parallelo di questa disposizione si trova anche nell'ordinamento canonico laddove il codice vigente stabilisce che certe tipologie di consuetudini - quelle *praeter* o *contra legem*, fra l'altro ammesse anche nel diritto ebraico - per poter essere giuridicamente vincolanti devono essere osservate per un preciso periodo di tempo⁵⁶.

⁵⁵ R. Simeon b. Yohai e R. Johanan fondano la vincolatività della consuetudine in un versetto dei Proverbi (il primo sul versetto 22, 28: "Non spostare il confine antico, posto dai tuoi padri"; il secondo sul versetto 1, 8: "Ascolta, figlio mio, l'istruzione di tuo padre e non disprezzare l'insegnamento di tua madre"); Sherira Gaon, invece, ricava la forza vincolante della consuetudine in un versetto del Deuteronomio (Dt. 19, 14: "Non sposterai i confini del tuo vicino, posti dai tuoi antenati, nell'eredità che ti sarà toccata nel paese che il Signore tuo Dio ti dà in possesso"). Cf. M. ELON, *Jewish Law. History, sources, principles..cit.*, vol. II, 893-894.

⁵⁶ Si fa riferimento, a questo proposito, al can. 26 del Codice di Diritto Canonico vigente laddove stabilisce che una consuetudine *praeter* o *contra legem* ottiene forza di legge solo se osservata per trenta anni, mentre laddove una legge contiene la clausola del divieto delle consuetudini future, può prevalere solo quella centenaria o immemorabile. *Codex Iuris Canonici* 1983, can. 26: «*Nisi a competentibus legislatoribus specialiter fuerit probata, consuetudo vigenti iuri canonico contraria aut quae est praeter legem canonicam, vim legis obtinet tantum, si legitime per annos triginta continuo set completos servata fuerit; contra legem vero canonicam, quae clausulam contineat futuras consuetudines prohibentem, sola prevalere potest consuetudo centenaria aut immemorabilis*».

Un ulteriore elemento comune fra il diritto canonico e quello ebraico si riscontra in ordine al valore determinativo e interpretativo della legge. Ed infatti, nel diritto ebraico una delle funzioni della consuetudine è quella 'determinativa' della legge esistente; in questo caso la consuetudine entra in gioco quando vi sono due opinioni contrastanti delle autorità halachiche, in modo da stabilire quale delle due opinioni in conflitto debba essere accettata. Tale funzione si riscontra anche nel diritto canonico, laddove il codice giovanneo-paolino attribuisce alla consuetudine un grande valore interpretativo⁵⁷.

Malgrado questi elementi comuni, esiste una differenza chiara e precisa fra il diritto canonico e quello ebraico sull'esistenza giuridica delle consuetudini. Il Codice di Diritto Canonico, infatti, subordina la legittimità della consuetudine all'*adprobatio legislatoris*, che è dunque la fonte unica del valore legale della consuetudine⁵⁸. Il diritto ebraico, invece, non riserva all'autorità halachica il potere di decidere sulla validità delle singole consuetudini ma fissa dei parametri - relativi al divieto di contravvenire ai principi fondamentali del diritto ebraico quali l'equità e la giustizia - in relazione ai quali le autorità possono abolire o limitare consuetudini irragionevoli⁵⁹, basate sull'errore⁶⁰, o, addirittura, cattive⁶¹.

Se, quindi, il risultato a cui pervengono entrambi gli ordinamenti è simile, notevolmente diversa è la regola generale: «non la validità della consuetudine approvata dall'autorità [è il caso del diritto canonico] bensì l'invalidità della consuetudine da essa disapprovata [come avviene nel diritto ebraico]»⁶².

La comparazione della consuetudine nelle tre grandi tradizioni religiose prese in esame, al di là delle diversità formali, offre come principali risultati: 1) il ruolo positivo del fattore religioso come coagulante di una comunità che si identifica radicalmente in un sistema di valori; 2) l'incidenza pressoché analoga, di tale identità religiosa, in alcuni rapporti giuridici intersoggettivi; 3) l'importanza,

⁵⁷ Il can. 27 del *Codex Iuris Canonici* del 1983 statuisce, infatti, che «*consuetudo est optima legum interpretis*».

⁵⁸ Si fa riferimento, evidentemente, al can. 23 del Codice di diritto canonico, che determina i due requisiti essenziali per l'esistenza di una consuetudine giuridica: l'*animus communitatis* e, come unico mezzo di validità giuridica della consuetudine, l'*adprobatio legislatoris*.

⁵⁹ Si veda il paragrafo II del capitolo terzo del presente lavoro nonché, per interessanti approfondimenti, M. ELON, *Jewish Law. History, sources, principles...cit.*, vol. II, 940-941.

⁶⁰ Ivi, 937-940.

⁶¹ Ivi, 941-942.

⁶² S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto...cit.*, 180.

quindi, di dare spazio giuridico adeguato alle tradizioni come fattore di coesione interno che avvicina il diritto positivo alla società.

5. CONCLUSIONI

Certamente, in un contesto di coesistenza ogni volta più accentuata di una molteplicità di tradizioni religiose, gli elementi positivi inerenti il fenomeno religioso appena riferiti, possono non risultare ancora sufficienti per illuminare gli orientamenti legislativi in materia di libertà religiosa. Tali elementi, in quanto devono essere confrontati con il bisogno di assicurare la loro armonia con l'ordine pubblico, sembrano suggerire solo politiche di tolleranza e coesistenza di ciascuna identità religiosa, trasformando la cautela in mera limitazione. In realtà, il fenomeno consuetudinario non rivela solo l'osservanza di tradizione, ma anche e soprattutto la capacità di produrla dal basso, con forza normativa, come risposta alle necessità derivanti dai rapporti intersoggettivi religiosamente motivati.

In tal senso, nell'affrontare giuridicamente i nuovi rapporti che caratterizzano l'era della globalizzazione, le tradizioni religiose possono risultare fattore motivante insostituibile nell'assicurare un'identità civica multipla, dove il pluralismo culturale e religioso riesca a dispiegarsi nella sua forma più nobile, cioè come dialogo interculturale, evitando ogni forma di isolamento con gli annessi pericoli che ciò comporterebbe per la società.

Ci sembra infatti degno di considerazione il concetto, proposto di recente, formulato come identità civica multipla europea⁶³, col quale si fa riferimento ad un'insufficienza, ad un modello regolatore e ad un minimo non negoziabile. L'insufficienza è data dall'assumere come prospettiva la mera integrazione tra culture, ricondotta spesso al solo apprendimento della lingua del Paese di accoglienza. Il modello è quello della laicità positiva come principio istituzionale regolatore del pluralismo religioso, che si fonda nella stima di ogni tradizione religiosa, come elemento costruttivo del bene comune, attesa la proiezione universale dei loro valori portanti. Il minimo è dato dalla dignità della persona

⁶³ Cf. L. GEROSA, *L'identità laica dei cittadini europei: inconciliabile con il monismo islamico? Implicazioni giuridico-istituzionali del dialogo interreligioso*, Soveria Mannelli 2009, 45-73.

umana, valore non negoziabile e criterio discriminante nel fissare eventuali collisioni tra le singole tradizioni religiose e l'ordine pubblico.

A questo programma fa da supporto la prospettiva del dialogo interculturale; sul punto che abbiamo analizzato, tale dialogo ha due principali implicazioni: assicurare la presenza efficace delle varie culture religiose nella sfera pubblica; evitare ogni uguaglianza neutralizzante valorizzando la ricchezza delle differenze caratterizzanti ciascuna tradizione. La stima delle differenze non deve costituire ostacolo per il reciproco riconoscimento di principi fondamentali comuni; questi oggi sono facilmente rapportabili ai diritti umani⁶⁴.

Allo stesso tempo, poiché la religione è radicata nella libertà del singolo, l'interazione tra più culture religiose permetterà ad ogni persona di rendere più autentica la propria opzione di senso sulla vita, facilitando nuove vie di condivisione che potranno caratterizzare forme di solidarietà più efficaci e congeniali alle esigenze delle nuove società multiculturali.

⁶⁴ Cf. A. IACCARINO, *Verità e giustizia per un'ontologia del pluralismo*, Roma 2008, 107-116.